Cursus

der

Institutionen

von

G. F. Puchta.

Dritter Band.

Aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben

von

Dr. A. Rudorff,
Geh. Justizrath und ordentlichem Professor der Rechte in Berlin.

Dritte vermehrte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1854.

Vorwort des Herausgebers.

Schon im Vorwort zum zweiten Bande ist über die Beschaffenheit des hinterlassenen Manuscripts des gegenwärtigen dritten und letzten eine vorläufige Nachricht gegeben worden. Sie kann jetzt dahin vervollständigt werden, daß der für den Druck fertig gearbeitete Theil bis §. 269 reicht, zur Lehre vom Nexum noch ein handschriftlicher Entwurf (§. 269 q) benutzt werden konnte, alles Uebrige hingegen aus einem Kollegienheft entlehnt werden mußte, welches der Verfasser, mit Ausnahme einiger 1843 umgearbeiteten Abschnitte des achten Kapitels, bereits im Jahre 1839 für seine Vorträge über Rechtsgeschichte und Institutionen entworfen hatte.

Anfänglich hatte ich Anstand genommen die Veröffentlichung dieser ältern nur für die mündliche Mittheilung im engern Kreise bestimmten Umrisse zu verantworten, da ich selbst in der von den Angehörigen des verewigten Freundes mir noch nachträglich berichteten Aeußerung: die Institutionen seyen herauszugeben, wie sie lägen, keinen deutlichen Auftrag hierzu zu erkennen vermochte.

In diesem Sinne wurde am Schluß des Vorworts zum vorigen Band zunächst nur die Herausgabe des von dem Verfasser selbst noch zum Druck vorbereiteten Theils des gegenwärtigen angekündigt.

Seitdem ist mir aber von so verschiedenen Seiten her der Wunsch zu erkennen gegeben worden, den Bau dieses Werks, wenn auch nur im Gerüst, bis zum Giebel hinausgeführt zu sehen, daß ich nach sorgfältiger Berathung mit andern Freunden und, wie mir hinzuzusetzen gestattet ist, unter Zustimmung der Familie des Verfassers, das Fehlende in obiger Gestalt, jedoch unter Hinzufügung der Quellenbelege, Litterarnotizen und einiger durch meine Namenschiffre kenntlichen eigenen Ausführungen, dem Druck zu übergeben mich entschlossen habe.

Kein verständiger Beurtheiler wird an das Kollegienheft des Lehrers Ansprüche machen, denen nur der Schriftsteller zu entsprechen verpflichtet ist, und wer die rasch zunehmende innere Zeitigung in Puchta's spätern

Werken beachtet hat, dürfte an ein früheres Erzeugniß seines Geistes einen billigern Maßstab zu legen sich ohnehin geneigt finden lassen. Nach Abrechnung dieser nothwendigen Abzüge aber wird man auch in diesen Lineamenten die Schärfe des juristischen Gedankens, die Bestimmtheit seines Ausdrucks, die Reinheit der Sprache, kurz alle jene hervorragenden Eigenschaften wiederfinden, welche dem vorliegenden Werk neben dem flüchtigen Reiz des Pikanten den soliden Werth und nachhaltigen Erfolg alles Aechten und Gediegenen sichern.

Kraft dieser Vorzüge bilden diese letzten Abschnitte einen würdigen Schluß des schönen Ganzen, welchem, um den vollendeten Theilen völlig gleich zu stehen, nur der innere Ausbau und die letzte Hand des zu früh geschiedenen Meisters fehlt.

Geschrieben Berlin im Januar 1847.

Rudorff.

Die zweite Auflage hat mehrere Verbesserungen und Zusätze erhalten, unter welchen letztern die zu §. 268 Note h, §. 269 mm — oo, §. 271 c — f, §. 272 r, §. 273 h, §. 274 c, §. 275 l, §. 277 qq. yy, §. 280 o—r. gg, §. 283 o, §. 298 m. aa, §. 302 e. m, §. 308 u, §. 315 mm, §. 316 b, §. 319 d, §. 327 n die belangreichsten sind.

Berlin im April 1851.

In der dritten sind dergleichen in §. 261 m. o, §. 264 s, §. 273 h, §. 275 z, §. 277 z, §. 280 q. r, §. 289 f. h, §. 298 u, §. 313 m, §. 314 t, §. 321 r. a. E. hinzugekommen.

Berlin im Dezember 1853.

Inhalt des dritten Bandes.

Achtes Kapitel: Von den Obligationen.

Achtes Kapitel.

Von den Obligationen.

Gegenstand.

CCLVIII. Es giebt ein Rechtsverhältniß, welches eine Person einer andern zur Leistung eines Vermögenswerths verpflichtet.[a]) Die eine Person hat vermöge dieses Verhältnisses etwas zu fordern, sie heißt Gläubiger, creditor, dieser Forderung entspricht eine Verbindlichkeit auf Seiten der andern Person, welche Schuldner, debitor, genannt wird. Der Act wodurch dieses Verhältniß hervorgebracht wird, heißt obligatio, dieser Ausdruck wird aber auch von dem Zustand, der dadurch entsteht, also von dem Verhältniß selbst gebraucht.[b])

a) pr. I. de oblig. (3, 14): obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei —.

b) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Richtungen, in denen das Wort vorkommt, von Riebel s. in Hugo's civil. Magazin V. 3, vgl. Hugo Geschichte des latein. Worts obligatio und des deutschen Verbindlichkeit, daselbst III. 20. — Obligatio heißt also der Zustand, daß eine Person einer andern in jener Weise verpflichtet ist, darin liegt von selbst, daß der Zustand des Gläubigers, der dadurch entsteht daß er einen Andern sich obligirt hat (die Forderung), ferner der Zustand des Schuldners, daß er sich einem Andern obligirt hat (die Verbindlichkeit), endlich das Band überhaupt (Note a), ohne daß die eine oder die andere Seite besonders hervorgehoben wird, mit dem Wort bezeichnet werden kann. Beispiele für die ersten beiden Fälle geben die Redensarten: obligatio competit heredi ad-

Die Obligatio steht in der Mitte zwischen dem Eigenthum nebst den von diesem abgeleiteten, mit ihm gleichartigen Rechten, also überhaupt den Rechten an Sachen (Kap. 4—7) und den Rechten, deren Grundlagen natürliche oder natürlichen nachgebildete Verbindungen unter Personen sind (Kap. 9. 10). Sie ist eine Verbindung unter Personen, und dieß unterscheidet sie von dem Eigenthum, bey welchem eine andere Person nur negativ, in Beziehung auf eine Veränderung oder Verletzung zur Sprache kommt, das Verhältniß anderer Personen zu dem Eigenthümer als solchen ist nur dieses, daß sie nicht Eigenthümer sind. Aber sie ist eine Verbindung, die nicht die rechtliche Form eines natürlichen Bandes ist, wie die Ehe, das elterliche und Kindesrecht mit ihren Analogien. Man darf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner nicht etwa so denken, daß darin die allgemein menschliche Verbindung zu gegenseitiger Aushülfe und Unterstützung rechtliches Daseyn und Genügen finden sollte, wer dieses glaubte, dem müßte die wirkliche Gestaltung des Obligationenrechts, so wenig genügt sie einem solchen Inhalt, durchaus unpassend und zweckwidrig erscheinen. Die Obligatio ist eine so willkührliche, eine so weit von den natürlichen abliegende Verbindung, daß der Versuch, jene natürlichen Verbindungen in diese Form zu bringen, z. B. die ehelichen Pflichten als obligatorische aufzufassen, wenn er gelingen könnte, in einer Zerstörung derselben endigen müßte, und daß nichts geeigneter wäre, den Rechtszustand eines Volks zu entsittlichen, als wenn eine ausschließliche Richtung auf die obligatorische Form seiner rechtlichen Gesinnung sich bemächtigte.

Worin liegt es nun, daß die Obligatio sich von den Rechten an Personen ab, und den Rechten an Sachen, von denen

---

versus heredem — obligatio tua (debitoris) adversus me — der dritte Fall ist der gewöhnliche. Aber man kann auch dort nicht eigentlich sagen, obligatio heiße Forderung oder Verbindlichkeit, das Wort heißt auch dort die Verbindung, das Verhältniß, nur daß in jenen Redensarten eines der beiden Subjecte, an die es geknüpft wird, besonders hervorgehoben wird.

sie äußerlich so sehr verschieden ist, zukehrt? Der Gegenstand derselben ist die Ursache davon. Dieser nämlich ist eine Handlung, die der Schuldner zu leisten hat, aber eine Handlung, die selbstständig und einzeln genommen wird. Eine Handlung soll uns vermöge der Obligatio unterworfen seyn, aber nicht die Person dessen, von dem sie geschehen soll. Diese Absonderung der Handlung von der Person ist nur möglich, indem wir jene als Vertreter eines Sachwerths behandeln, in dieser Rücksicht und bloß in dieser sind Handlungen Gegenstand von Obligationen. Es ist ein wesentliches Erforderniß, daß die Leistung, die den Gegenstand der Forderung ausmacht, zu Geld angeschlagen werden könne, ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. [c]) Dem Gläubiger ist vollkommen genug geschehen, wenn ihm der Vermögenswerth, den die Handlung für ihn hat, also sein Vermögen in dieselbe Lage gebracht wird, in der es sich befände, wenn die Handlung selbst geschehen wäre. Hat er kein Vermögensinteresse dabey, daß die Handlung geschieht, so besteht keine Obligatio, der eine solche Handlung versprochen hat, kann sie unterlassen, ohne einer Obligationsklage ausgesetzt zu seyn. [d]) Dieser

---

c) L. 9 §. 2 D. de statulib. (40, 7.)

d) Z. B. es war jemand verpflichtet, durch seine Thätigkeit einen Vortheil zu verschaffen oder einen Schaden abzuwenden, er unterläßt diese Thätigkeit, aber durch einen glücklichen Zufall ist ohne sein Zuthun dasselbe Resultat herbeigeführt worden, hier hat der Gläubiger keinen Anspruch gegen ihn L. 8 §. 6 D. mandati (17, 1) L. 13 §. 1 D. de re iud. (42, 1.) Ein anderes Beispiel giebt L. 11 D. de relig. (11, 7): quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet, das Pactum würde dem Verkäufer die actio venditi gegen den das Versprechen brechenden Käufer geben auf Ersatz des Nachtheils, nun kann jener irgend ein Interesse dabey haben, daß dieser die Grabstätte nicht benutzte, aber er hat keines, das sich zu Geld anschlagen läßt, der Bruch des Vertrags bringt ihm keinen Vermögensnachtheil, und darum nützt ihm jene Klage nichts. Anders wenn er sich durch eine besondere Stipulation eine Summe oder andere Sache hat versprechen lassen unter der Bedingung,

Punkt kam in gewissen Fällen bey den Römern sehr häufig zur Sprache, bey dem Verkauf nämlich von Sclaven wurden oft Verabredungen getroffen, wodurch dem Käufer eine Beschränkung seiner Befugnisse auferlegt, oder von ihm die Pflicht zu manumittiren übernommen wurde. Ist auf die Nichterfüllung der Zusage eine Strafe gesetzt und durch Stipulation versprochen worden, so hat die Forderung keinen Anstand, ebenso wenn der Verkäufer ein Vermögensinteresse nachweisen kann (z. B. er hat den Sclaven deshalb wohlfeiler verkauft, so daß das Minus des Preises das Aequivalent jener Beschränkung ist, oder er ist einem Andern unter der Bedingung, daß das zu Unterlassende mit dem Sclaven geschehen würde, zu einer Strafe verpflichtet). Ist keines von beiden der Fall z. B. der Verkäufer hat bedungen, daß der Sclave von dem Käufer nicht mishandelt, oder daß er manumittirt werden solle, und dennoch den vollen Werth desselben erhalten (im letzten Fall vielleicht durch fremde Vermittelung), so würde nach unserm Princip eigentlich keine Klage gegen den Käufer stattfinden, denn seinem Vermögen nach ist es dem Verkäufer gleichgültig, was mit dem Sclaven geschieht. Hier aber schien es nothwendig, einem wohlbegründeten Interesse der Neigung dieselbe Kraft, die Klage zuläßig zu machen, wie sonst nur dem Vermögensinteresse zuzuschreiben, und der Geltendmachung dieser Modification jenes Princips stand dann auch bey bonae fidei iudicia, also z. B. bey der actio venditi nichts entgegen.[e])

---

daß ein Begräbniß stattfinden werde. Hier ist die Unterlassung des Bestattens nicht der Gegenstand, sondern die Bedingung einer Obligatio, deren Gegenstand entschieden ein Vermögensinteresse für den Gläubiger hat, und nur für den Gegenstand, nicht für die Bedingung besteht das Erforderniß des Vermögenswerths. So sagt L. 3 §. 1 D. de V. O. (45, 1): — hic (in poena) non quaerimus cuius intersit —, und L. 38 §. 17 eod.: — poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis.

e) L. 6. 7 D. de serv. export. (18, 7): — etiam affectionis ratione

Es giebt Handlungen, denen an sich ein Vermögenswerth zugeschrieben werden muß, die aber entweder überhaupt oder bey gewissen Personen durch die ausschließliche Hervorhebung dieser Seite, wie es geschieht, wenn sie zum Gegenstand einer Obligatio gemacht werden, eine Herabwürdigung erfahren, die dem sittlichen Gefühl widerspricht. So mögen Dienste, welche die Kinder den Eltern leisten, oder die Frauen im Hauswesen ihrer Männer einen Vermögenswerth für diese haben, sie aber als Gegenstand einer Obligatio zu betrachten, wäre eine Unsittlichkeit. [f]) Ferner ist jede geistige Thätigkeit etwas inästimables; wie der welcher sein wissenschaftliches oder Kunst-Talent rein als eine Erwerbsquelle behandelt, der Verachtung nicht entgehen wird, so kann auch einem Andern nicht gestattet werden, die Thätigkeit eines Gelehrten, eines Künstlers, überhaupt eine auf Geistesbildung beruhende, die er für sich in Anspruch nimmt, bloß als Geldeswerth anzusehen, und sie, wenn sie versprochen worden ist, durch eine auf sie und mittelbar auf ihr Geldäquivalent gerichtete Klage zu einer Handarbeit herabzusetzen. Er konnte sie bey dem Vertrag, durch den sie ihm versprochen wurde, nicht als eine solche nehmen, denn es war ihm ja um eine Geistesarbeit zu thun, und darf sie auch jetzt nicht anders behandeln. Die Thätigkeit, die ein Arzt, ein Schriftsteller, ein Mathematiker, ein Geometer, ein Rechtsverständiger, ein Urtheiler als solcher verspricht, ist mehr als eine Gefälligkeit zu betrachten, auch wenn er eine Belohnung dafür erhält, [g]) es besteht keine Obligatio auf die Leistung sol-

---

recte agetur —. L. 54 pr. D. mand. (17, 1): placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.

f) Es war Sitte, Freigelassene zu Diensten zu verpflichten, dieß wird bey emancipirten Kindern (ungeachtet sonstiger Analogien beider Verhältnisse) verworfen: nam pietatem liberi parentibus non operas debent L. 10 D. de obsequ. parent. (37, 15.)

g) Von der Leistung dieses Lohns, zu der sich der Andere verpflichtet, ist hier nicht die Rede, dieser steht an sich kein Bedenken entgegen, die Klage auf die versprochene Belohnung (merces, oder eigentlich honorarium, oder

cher Dienste, wenn sie zugesagt worden sind.[h]) Wird ein Zwang zur Leistung für gerecht gehalten, so nimmt er denselben Charakter, wie der zur Leistung einer öffentlichen Pflicht an.[i]) Dagegen hindert nichts, daß der, welcher eine Handlung jener Art übernommen hat, Schuldner werde durch einen Schaden, den er einem Andern bey dieser Function zugefügt hat.[k]) Sodann gilt die Unverträglichkeit mit der Behandlung als reiner Geldsache nur von der Arbeit selbst, nicht schlechterdings und überall von ihrem Resultat, dem Opus, das dadurch hervorgebracht werden soll. Wenn dieses Opus vollständig in das Gebiet der zu Geld anzuschlagenden Dinge fällt z. B. ein Haus, so kann seine Herstellung Gegenstand einer Obligatio seyn, ungeachtet dazu geistige Kräfte jener höheren Art in Be-

---

salarium) wäre nur verwerflich, wenn sich damit jene die Thätigkeit, für die sie gefordert wird, herabwürdigende Gesinnung verbände, worüber der Regel nach kein sicheres Urtheil möglich seyn wird. Nur die Klage der Rechtslehrer auf das Honorar fanden die römischen Juristen sich veranlaßt absolut zu misbilligen, s. Bd. I §. 103 Note r, ebenso die der Philosophen Ulpian. L. 1 §. 4 D. de extraord. cogn. (50, 13) vgl. Papinian. L. 8 §. 4 D. de vacat. mun. (50, 5): — etenim vere philosophantes pecuniam contemnunt, cuius retinendae cupidine fictam adseverationem detegunt.

h) L. 1 pr. D. si mensor falsum modum dixerit (11, 6): — ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed *magis operam beneficii loco praeberi*, et id quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari. si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem. L. 1 §. 1 D. eod.: — visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius *qui civiliter obligatus non est* —.

i) So wird der Arbiter zur Erfüllung seiner Zusage, den Streit zu entscheiden, durch multa und pignoriscapio von dem Prätor gezwungen L. 3 §. 1 L. 15. 32 §. 12 D. de recept. (4, 8.)

k) Dig. XI. 6: si mensor falsum modum dixerit. L. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13.) Nur wird die Schuld, die ihn verantwortlich macht, nicht in der Ausdehnung, wie es sonst die Regel ist, genommen, s. unten.

wegung zu setzen sind, die aber hier nicht den unmittelbaren Gegenstand der Obligatio bilden.

Eine geistige Thätigkeit kann, haben wir gesehen, nicht direct Gegenstand einer Obligatio seyn, weil sie nicht als bloßer Geldwerth betrachtet werden kann. Ein zweiter Grund (der allerdings nicht bey allen in gleicher Stärke eintritt) ist, weil ein Zwang überhaupt ihrem Wesen widerspricht. Beides nun tritt noch bey einer anderen Leistung ein, die als Gegenstand eines Versprechens vorkommt, aber nicht Gegenstand einer Obligatio seyn kann. Ich meine das Versprechen einer künftigen Eheschließung, das Verlöbniß, sponsalia. Nach altlatinischem Recht wurde die sponsio die Tochter zur Ehe geben, und die ihr entsprechende, sie nehmen zu wollen, als ein Contract behandelt, aus dem eine Obligatio auf jene Handlungen, und wenn sie ohne Grund verweigert wurden, auf eine nach dem dadurch erwachsenen Nachtheil zu ästimirende Geldsumme gegeben ward.[l]) Die Römer, obwohl auch bey ihnen der Gebrauch der Stipulationsform bey Verlöbnissen gewöhnlich war („sponden' tuam gnatam filio uxorem meo"),[m]) haben doch nie eine directe Klage auf Vollziehung der Ehe zugelassen, nur rügte der Censor einen leichtsinnigen Bruch derselben, und nach älterem Recht war es unverwehrt eine Strafe zu stipuliren und diese einzuklagen,[n]) bis endlich dieser indirecte Zwang als

---

l) Servius bey Gell. IV. 4. Vgl. Huschke in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. X. 6, 1. (1842.)

m) Ulpian. L. 2 D. de sponsal. (23, 1): Sponsalia dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras. (Huschke a. a. O. S. 318. 334 sieht freilich in dieser Stelle nur eine aus Servius [Note l] geschöpfte Notiz über altlatinisches Recht: dies würde aber eine fast unerhörte Bedeutung von veteres voraussetzen. R.)

n) Varro de L. L. VI. 71 (Müller) nach Lachmanns Verbesserung: qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est de voluntate exierat; non enim si volebat, dabat, (so die Handschriften; d. h. er gab sie nun nicht mehr nach freiem Willen) quod sponsu erat alligatus, quod tum et praetorium ius ad legem et censorium

unsittlich erkannt, und gegen die Klage aus einer solchen Strafstipulation die exceptio doli gegeben wurde.[o])

Aus allem Bisherigen geht hervor, daß der Gegenstand der Obligatio allerdings eine Handlung: ein Geben, Thun rc. also etwas von dem Gegenstand des Eigenthums ganz verschiedenes ist, sehen wir aber auf den Grund, so finden wir als Inhalt, wenn auch nicht als unmittelbaren Gegenstand des Rechts doch immer eine Sache.[p]) Die Sache aber, die den Inhalt der Obligatio ausmacht, ist nicht eine bestimmte, wie nur eine solche Gegenstand des Eigenthums seyn kann, nicht ein Sachindividuum, sondern ein Sachwerth, also eine Geldsumme, welche die Sache von Seiten ihres Werths darstellt. Am anschaulichsten stellt sich dieß dar bey den Obligationen auf ein reines Thun oder Unterlassen (faciendi und non faciendi obligationes), überhaupt bey denen, die nicht darauf gerichtet sind, eine bestimmte Sache in das Vermögen des Gläubigers zu bringen, es gilt aber auch von den Obligationen auf das Geben eines bestimmten Sachindividuums, denn auch hier ist der Werth dieser Sache als der eigentliche Inhalt der Forderung zu denken, und der Gläubiger, dem sein zum Geben eines bestimmten Pfands verpflichteter Schuldner in den vollen Werth, den diese Leistung für ihn hatte, condemnirt worden

---

iudicium ad aequom existimabatur (d. h. nach Huschke: weil damals der Prätor den Vater auf die Legis Actio des Bräutigams ex sponsu noch zum dare in die Manus verurtheilen ließ [Gai. 4, 48] und in der Executionsinstanz das Interdict de uxore ducenda [L. 2. D. de lib. exhib. 43, 30] gab, der Censor aber ihn wegen unbilliger Aufkündigung des Verlöbnisses notirte. Wenn aber der Prätor ohne Exception den Vater auf die Conventionalstrafe verurtheilen ließ, so verfuhr er auch ad legem Gai. IV, 108. Die Annahme der Möglichkeit der Ductio beruht nur auf der Analogie der Vermögensklagen. Aber eben diese Analogie galt in Rom nicht wie in Latium. R.)

o) L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1.)

p) Es war daher nicht verwerflich, wenn frühere Juristen die Forderung als ius *ad* rem (Recht auf eine Sache im Gegensatz zu dem Recht an einer Sache, *in* re) bezeichneten.

ist, erhält nicht etwas anderes als was ihm geschuldet war, immer vorausgesetzt daß er nicht weniger erhält, daß also die Differenz zwischen dem Stand seines Vermögens, wenn ihm die Sache selbst gehörig geleistet worden wäre, und dem jetzigen, wo er sie nicht hat, vollkommen ausgeglichen wird. Denn so darf jener Satz nicht verstanden werden, als sey es gleichviel, ob z. B. ein Pferd von 200 Thalern Werth oder diese Summe versprochen worden, so daß der Schuldner durch Zahlung dieser Summe sich befreien könnte. Nur dieß vielmehr ist damit gesagt, daß das letzte Ziel jeder Obligatio ein Vermögenswerth, also eine Geldsumme ist,[q]) über die Größe derselben ist damit nicht entschieden, für diese ist die individuelle Bestimmtheit der Leistung von entscheidender Wichtigkeit, wie sie es auch noch in andern Rücksichten ist.

CCLIX. Wie das Wesen der Obligatio überhaupt durch ihren Gegenstand sich bestimmt, haben wir bisher durch Her-

---

q) Der Werth ist die Seite, von der die Handlung zur Sprache kommt, aber darum ist nicht der reine Werth Gegenstand der Obligatio, sondern die Handlung die ihn einschließt. Daher das Erforderniß des Werthes für den Gläubiger in der oben dargestellten Art (Note d). Daher ferner das Erforderniß der Möglichkeit der Handlung: impossibilium nulla obligatio, sie mag physisch unmöglich seyn, wie der Transport eines Gebäudes ohne es zu zerstören, oder rechtlich unmöglich, wie das Geben einer res sacra, der Verkauf der königlichen Residenz. L. 35 pr. D. de V. O. (45, 1.) Anders wenn etwas Mögliches versprochen wird unter der Bedingung, daß das Unmögliche nicht geschehe. Auch eine unsittliche Handlung wird wie eine unmögliche behandelt, z. B. das Versprechen ein Verbrechen zu begehen, auch als Bedingung gefaßt macht sie die Obligatio zu einer unsittlichen. L. 123 de V. O. (45, 1) Bd. II §. 204 Note u. Daher endlich das Erforderniß der Disposition des Schuldners über die Handlung. Niemand kann eine fremde Handlung präcis versprechen, er kann nur sich verpflichten, den Andern dazu zu bewegen oder nur eine Strafe versprechen unter der Bedingung, daß sie unterbleiben würde. Nur in so fern wird die stipulatio: habere licere oder dolum malum abesse et abfuturum esse zu einer gültigen. L. 38 pr. §. 1. 2 L. 83 D. de V. O. (45, 1.)

vorhebung der allgemeinen Seite dieses Gegenstands, die in der Darstellung eines Vermögenswerths besteht, gesehen. Alle Leistungen obligatorischer Art haben das gemeinschaftliche Merkmal, daß sie ihr Aequivalent in einer Geldsumme finden, neben diesem Gemeinsamen geht aber eine große Mannigfaltigkeit der Leistungen her, eine individuelle Verschiedenheit derselben; diese zweite, individuelle Seite der Leistung ist es, die einen höchst bedeutenden Einfluß auf den Charakter der einzelnen Obligationen und ihre Verschiedenheit von einander hat, sie soll nunmehr ins Auge gefaßt werden.

Unter allen den verschiedenen Leistungen, die Gegenstand einer Obligatio seyn können, bilden eine besonders hervorgehobene Classe die, welche von den Römern unter dem technischen Ausdruck dare zusammengefaßt werden. **Dare** heißt die Handlung, wodurch ein bestimmtes Object (Sache oder Recht) auf civilrechtlichem Wege in das Vermögen eines Andern gebracht werden soll (Bd. II §. 165). Es sind drey Momente, die in diesem Begriff zusammenkommen: 1) das Object ist noch nicht im Vermögen des Gläubigers, 2) der Schuldner ist verpflichtet zu einem Act, dem das Jus civile die Wirkung des Uebergangs in das Vermögen des Gläubigers zuerkennt (z. B. Eigenthumsübertragung durch Mancipatio, In Jure Cessio, Traditio — letztere bey den Sachen, wo sie diese Wirkung nach Jus civile hat — In Jure Cessio einer Servitut), 3) das Object muß ein bestimmtes seyn, ein certum.[a]) Dieses letzte Moment soll noch näher dargestellt werden. Certum ist,

---

a) Was geleistet wird, ist freilich immer ein certum, daher wird z. B. bey dem Versprechen, einen noch unbestimmten Sclaven zu geben, das Wort dare gebraucht: hominem (generaliter, nicht einen bestimmten) dare spondes? aber die Forderung geht hier nicht auf ein certum (wenn der Gläubiger nicht die Wahl hat und sie ausübt), und davon ist hier allein die Rede, aus jener Stipulation entsteht keine obligatio ad dandum, so wenig als aus der Stipulation: quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes?

was der Individualität, der Qualität und der Quantität nach bestimmt und gewiß ist.[b]) Der Satz aber, daß das zu Gebende individuell bestimmt seyn müsse, wenn die Obligatio certa seyn soll, erleidet eine wichtige Modification bey gewissen Sachen. Es giebt nämlich Sachen, bey denen im Verkehr die Individualität zurücktritt, so daß es uns bey ihnen nicht auf die Species (die individuellen Stücke), sondern bloß auf die Quantität der Stücke dieser Gattung ankommt, Sachen von denen eine die andere vollkommen vertritt, und die daher im Verkehr lediglich nach dem Maß behandelt werden, wie dieß bey Geld, Getreide, Wein ꝛc. von derselben Gattung und Güte der Fall ist. Man hat sie fungible Sachen genannt,[c]) die Römer gebrauchen folgende Beschreibung ihrer eigenthümlichen Natur: res quae communi specie continentur,[d]) — in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie[e]) — res quae pondere, numero, mensura constant.[f]) Bey diesen

---

b) L. 74 D. de V. O. (45, 1): Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit: ut ecce aurei decem, fundus tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphorae centum. Die Gewißheit ist objectiv zu verstehen, was den Parteien noch unbekannt ist, kann certum seyn L. 75 §. 5 eod.: Sed qui vinum aut oleum vel triticum *quod in horreo est*, stipulatur, certum stipulari intelligitur. Dasselbe gilt von der Stipulation: fundum tusculanum dari, wenngleich die Parteien mit der Qualität und dem Umfang des Grundstücks unbekannt wären.

c) Dieser Ausdruck ist im 16. Jahrh. von Ulrich Zase erfunden worden, in neuerer Zeit hat Thibaut dafür das Wort vertretbare Sachen empfohlen, womit nichts gewonnen ist, da es das wesentliche Merkmal, die Vertretung einer durch die andere derselben Gattung nicht ausdrückt. — Man darf Fungibilität nicht mit Verbrauchbarkeit (Bd. II. §. 255) verwechseln, wenn auch beide Eigenschaften stets genau bey denselben Sachen zusammenträfen, so wären es doch zwey ganz verschiedene Begriffe.

d) L. 29 D. de solut. (46, 3.)

e) L. 2 §. 1 D. de reb. cred. (12, 1.)

f) Gai. III. 90. Ulpian. XXIV. 7. L. 30 §. 3 D. ad L. falcid. (35, 2) u. a. Man hat sich vor zwey Irrthümern zu hüten 1) daß die fun=

Sachen vertritt die Zahl, die Quantität, die Stelle des Individuums, eben weil und sofern dieses gleichgültig ist und nicht in Frage kommt. Die Obligatio auf das Geben solcher Sachen ist daher eine certa, wenn nur das quantum und quale bestimmt ist, daher sind z. B. 100 Thaler ein Certum, wenn es gleich keine bestimmten Thalerstücke sind, worauf die Forderung gerichtet ist, während 100 Pferde ohne Bezeichnung bestimmter Pferdeindividuen (Pferde also bloß als Genus verstanden) stets, auch bey bestimmter Bezeichnung der Qualität, ein Incertum sind (s. Note f a. E.). Neben der bestimmten Quantität (Zahl, Maß, Gewicht) wird, wenn die Obligatio certa seyn soll, noch eine genaue Bestimmung der Qualität vorausgesetzt, also die möglichst enge Begränzung des Genus (z. B. was für Wein, welches Gewächs, welcher Jahrgang), in Beziehung auf die Güte ist nur das Beste als Certum zu betrachten.[g]) Bey dem Geld aber vertritt die öffentliche Anerkennung der Sache als allgemeines Tausch- und Zahlungsmittel (pecunia signata forma publica populi romani) jene

---

giblen Sachen auch überall im Recht von dieser Seite betrachtet würden; dieß ist nicht der Fall, so wenn sie z. B. als Gegenstände des Eigenthums in Frage kommen, tritt jene Eigenschaft ganz zurück; 2) daß allen Sachen willkührlich die Eigenschaft der Fungibilität beigelegt werden könne; dieß ist deswegen falsch, weil die Fungibilität in einer Eigenschaft der Sachen ihren Grund hat, in der nämlich, daß für den gewöhnlichen Gebrauch eine Species des Genus so gut ist als die andere, was keineswegs bey allen Sachen der Fall ist.

g) L. 75 §. 1. 2 D. de V. O. (45, 1): Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine proprio nomine aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in stipulationem. Usque adeo ut si quis ita stipulatus sit tritici africi boni modios centum: vini campani boni amphoras centum, incertum videatur stipulari: quia bono melius inveniri potest. quo fit ut boni appellatio non sit certae rei significativa: cum id quod bono melius sit ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet: quae res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit.

besondere Angabe der Qualität.[h]) Unter dieser Voraussetzung ist die auf eine bestimmte Geldsumme gerichtete Forderung sogar vor allen certae obligationes noch besonders ausgezeichnet (Bd. II §. 165), indem hier der Geldwerth der Leistung in ihr selbst schon vollkommen ausgesprochen ist (s. unten).

Den Obligationen auf dare stehen gegenüber die auf facere. Darunter werden alle übrigen begriffen, mit Ausnahme einer besonderen Classe von der noch unten die Rede seyn wird.[i]) Es gehören dahin die Obligationen auf Tradition, Restitution oder Exhibition einer Sache, überhaupt auf jede Leistung einer Sache die nicht unter den Begriff des dare im oben gegebenen Sinne fällt,[k]) auf eine servitus tuitione praetoris constituenda,[l]) ferner auf ein sonstiges Thun oder Nichtthun z. B. operas, insulam aedificari, ratum habiturum, decem dari sibi curari, pecuniam te mihi crediturum u. s. f.[m]) Alle diese Obligationen sind incertae,[n]) umgekehrt gehören

---

h) Vgl. lex rubria cap. 21. Eine auf andere Münzen gerichtete Obligation würde, um als certa gelten zu können, eine so genaue Bestimmung der Qualität und Güte erfordern, wie eine auf ein bestimmtes Maß von Getreide, Wein, ungemünztem Metall.

i) L. 2 pr. D. de V. O. (45, 1): Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. L. 5 §. 1 D. eod: Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, *daturum facturumve* se quod interrogatur, responderit. Diese Eintheilung ist vollständig, denn die unten zu erwähnende dritte Classe (ad praestandum) bezieht sich nicht auf Contractsobligationen, also auch nicht auf Stipulationen.

k) L. 28. 52 §. 1 L. 72 pr. D. de V. O. (45, 1): — si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi.

l) L. 2 §. 5 D. eod.: item si in facto sit stipulatio, veluti — per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat.

m) L. 4 §. 1 L. 67 §. 1 L. 68. 72 pr. D. eod. — Id quod in facto est bedeutet auch zuweilen ein natürliches Thun z. B. Alexandriam venit L. 46 §. 1 eod. tenere licere L. 130 eod., dieß wird im Gegensatz zu einem facere, welches die Uebertragung oder Bestellung eines Rechts enthält, nudum factum genannt L. 52 §. 1 eod.

n) L. 75 §. 7 D. eod.: qui id quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur.

aber auch alle Obligationen auf ein incertum zu dieser Classe, wenn sie gleich den Worten des Contracts nach auf ein dare gestellt sind (vgl. Note a), also die Obligationen auf dare von etwas, das dem quid oder quale oder quantum nach unbestimmt ist.[o]) Von dieser Art ist die Obligatio auf Leistung eines Gegenstands, der nur der Gattung nach, nicht individuell, bestimmt wird (auf ein genus), vorausgesetzt daß es sich nicht um fungible Sachen handelt,[p]) ebenso die Obligatio auf Leistung eines alternativ bestimmten Gegenstands (z. B. dieses Haus oder 10000 Thaler). Indessen hört eine solche Obligatio auf incerta zu seyn, wenn dem Gläubiger die Wahl gegeben ist, er übt sie durch die Forderung des Gegenstands aus, auf den seine Wahl fällt, seine Forderung ist daher certa, wenn nur der gewählte Gegenstand selbst ein certum ist.[q]) Regelmäßig ist als Wahl von Seiten des Schuldners erst die wirkliche Leistung, von Seiten des Gläubigers erst die Anhängigmachung der auf den gewählten Gegenstand gerichteten Klage zu betrachten, so daß eine vorhergehende Erklärung

---

o) L. 75 D. eod.

p) Von dieser Obligatio auf ein Genus ist wohl zu unterscheiden der Fall, wenn nicht eine generelle Bezeichnung, sondern eine individuelle beabsichtigt war, aber diese so unvollkommen geschehen ist, daß das gemeinte Individuum völlig ungewiß bleibt (corpus ignotum). Hier ist die Obligatio ungültig L. 115 pr. D. de V. O. (45, 1): imperfecta erit stipulatio — fundum dare non adiecto nomine —. L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3.)

q) L. 75 §. 8 L. 106. 112 pr. D. de V. O. (45, 1) L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1.) Vgl. auch Bd. II § 165 S. 112 f. — Wenn jemand etwas generaliter oder alternativ verspricht, ohne daß über die Wahl etwas hinzugefügt wird, so läßt sich das Versprechen nicht anders interpretiren, als daß er selbst die Wahl haben soll. Anders wenn ein Testator jemanden eine Forderung auf ein Genus oder Alternativum giebt, also jene Obligatio durch Vermächtniß entstanden ist, hier muß die dem Gläubiger (dem Legatar) günstigere Interpretation vorgezogen, ihm also auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Wahl gegeben werden L. 108 §. 2 D. de leg. I (30).

ihn nicht bindet, aber es kann die Wahl auch auf eine solche Erklärung gestellt, und dadurch eine nachherige Abänderung ausgeschlossen seyn.[r])

Als eine dritte Classe werden noch ausgeschieden die Obligationen auf praestare.[s]) Daß in dem Gegensatz zu dare und facere dieses Wort auf eine Strafe und Ersatz eines Schadens, die nach Jus civile gefordert werden können, geht, ist an einem andern Ort auseinandergesetzt worden (Bd. II §. 165). Das Wort hat aber nur durch jenen Gegensatz diese beschränkte Bedeutung, an sich hat es die allgemeinere einer auf die Ausgleichung einer eingetretenen Differenz zwischen einem gegenwärtigen Zustand und dem, welcher gefordert werden kann, gerichteten Thätigkeit.[t]) Einerseits paßte es hiernach ganz besonders auf jene Fälle, andrerseits aber auch nicht weniger für alle Forderungen, die auf Ersatz eines Schadens, auf das Einstehen für einen nachtheiligen Umstand gerichtet sind, endlich ließ es sich auch auf alle Leistungen anwenden, insofern jeder Leistende seine Thätigkeit für die Herbeiführung des Zustands, der seyn soll, einsetzt. Ein solches Wort war sehr geeignet, die Vollständigkeit einer Aufzählung durch seine Anfügung an die specielleren Ausdrücke herzustellen;[u]) wie an dare, facere, so ließ es sich auch an das bloße dare anfügen, und begriff dann auch die Obligationen ad faciendum.

Der Gegenstand der Verpflichtung kann eine einfache oder eine aus mehreren zusammengesetzte Leistung seyn. Von diesen mehrfachen Leistungen kann eine die principale seyn, während

---

r) Für den Schuldner L. 138 §. 1 D. de V. O. (45, 1) L. 84 §. 9 D. de leg. I (30). Für den Gläubiger L. 112 pr. D. de V. O.

s) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7.)

t) Der Gedanke, den das Wort seiner Etymologie nach ausdrückt, wird nahezu wiedergegeben durch das deutsche: jemanden gerecht werden.

u) Wie z. B. municipium colonia *locus* in der Lex Rubria cap. 20.

die anderen als Accessionen zu ihr sich verhalten, es lassen sich aber auch mehrere principale denken. In beiden Verhältnissen kann die Mehrheit von Leistungen eine Mehrheit von Obligationen in sich schließen, die nur gleichzeitig in demselben Act entstanden sind, oder es kann Eine Obligatio seyn, deren Gegenstand in mehrere Leistungen sich spaltet. Dieß letztere ist der Fall überall, wo die Mehrheit der Leistungen zum Wesen einer gewissen Obligatio gehört, wie z. B. die des Verkäufers auf Tradition der Sache, Prästation des habere licere, Ersatz eines verschuldeten Nachtheils u. s. f. geht, während es immer dieselbe Obligatio und daher auch dieselbe Klage ist, deren Gegenstand jene Leistungen bilden. Bey allen Obligationen, die den Schuldner verpflichten, zu leisten was der bona fides gemäß ist, und aus denen daher eine bonae fidei actio entspringt, enthält dieser Gegenstand wesentlich eine Mehrheit von Leistungen theils principaler theils accessorischer Natur. Außerdem hängt es von der Natur der Mehrheit ab, ob sie die Einheit der Obligatio ausschließt. Betrifft die Spaltung nur den Act der wirklichen Leistung selbst, so entstehen darum nicht mehrere Leistungen, die Obligatio daher, die z. B. das Geben von hundert im Eigenthum des Schuldners befindlichen Baumstämmen zum Gegenstand hat, ist Eine, wenn auch die Stämme nur nach und nach wirklich abgeliefert werden.[v]) Denselben Charakter hat die Stipulation eines Incertums, das mehrere Leistungen in sich faßt, auch hier wird die Mehrheit nur auf die factische Leistung nicht auf die Obligatio selbst bezogen, so die Stipulation einer bestimmten jährlichen Geldreichung.[w]) Wenn dagegen der Gegenstand ein

v) Es sind hier nur scheinbar mehrere Leistungen, nämlich nur, wenn wir auf das Factum der wirklichen Leistung (die praestatio) sehen, nicht insofern Leistung als Gegenstand der Forderung genommen wird.

w) L. 16 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Stipulatio huiusmodi: in annos singulos, una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur. Gai. IV. 131. Anders ist es bey Legaten,

Certum ist, welches in mehreren Terminen geleistet werden soll, wird er durch diese Uebereinkunft in mehrere Certa, und damit die Obligatio selbst in mehrere gespalten. So wird der Fall einer auf terminweise Zahlung einer Geldsumme gerichteten Stipulation entschieden, obwohl man denken könnte, die Spaltung betreffe bloß die factische Prästation, nicht den Gegenstand der Obligatio selbst.[x]) Ueberhaupt aber, wenn in derselben Stipulation neben einander mehrere Summen oder Gegenstände aufgeführt werden, sind es so viele Stipulationen als Summen oder Sachen.[y])

Nur bey einer Obligatio auf ein Incertum ist es denkbar, daß sie auf mehrere Leistungen gerichtet ist, ohne daß ihre Einheit dadurch verloren geht.

CCLX. Der Vermögenswerth ist oben als der allgemeine Inhalt aller Obligationen angegeben worden, der im Hintergrunde jeder Leistung, welche individuelle Gestalt sie haben möge, zu denken ist. Aber er selbst kann sich zu dem speciellen Gegenstand einer Obligatio gestalten. Es giebt Obligationen, die geradezu auf die Leistung des Vermögenswerths von etwas gehen, so z. B. wenn jemand einem Andern den Ersatz des Nachtheils, den dieser von einem Ereigniß haben würde, versprochen hat, oder wenn er ihm zu diesem

---

es sind so viele Legate als Termine, von denen jedes für sich erworben wird L. 4. 11 D. de annuis leg. (33, 1.)

x) L. 140 §. 1 D. de V. O. (45, 1): De hac stipulatione: annua bima trima die id argentum quoque die dari, apud veteres variatum fuit, sed verius et hic tres esse trium summarum stipulationes. Bey Legaten einer jährlichen Summe auf eine bestimmte Anzahl von Jahren wird anders entschieden: es ist Ein Legat, die Termine betreffen nur die Auszahlung L. 20. 26 D. quando dies leg. (36, 2), die entgegengesetzte Entscheidung würde hier, gegen die Absicht des Testators, der seinen Erben nur die Prästation erleichtern wollte, die Folge haben, daß mit dem Tod des Legatars die Forderung der künftigen Termine wegfiele.

y) L. 29 pr. 86. 140 pr. D. de V. O. (45, 1.)

Erfolg durch eine unerlaubte Handlung verpflichtet ist. Eine solche Forderung kann sich aber auch mit einer andern Obligatio verbinden, indem zu dem Hauptgegenstand derselben jener als Erweiterung und Accession hinzutritt, z. B. der Ersatz des Nachtheils, welcher den Gläubiger durch Verzögerung der Hauptleistung trifft, auf welche die Verbindlichkeit von Anfang gerichtet war. Endlich kann der Hauptgegenstand selbst, der an sich ein anderer war z. B. das Geben einer Sache, die Vornahme einer anderen Handlung, in einen Anspruch auf jenen Vermögenswerth übergehen, entweder weil die eigentlich beabsichtigte Leistung nicht mehr geschehen kann, ohne daß der Schuldner befreit ist (z.B. die zu gebende Sache existirt nicht mehr), oder weil der Schuldner sich derselben weigert, und ein directer Zwang unanwendbar oder inconvenient ist. Nach älterem Recht trat diese Verwandlung bey jeder Obligation, die nicht von vornherein eine Geldsumme zum Gegenstand hatte, ein, wenn es zur Condemnation des Schuldners kam, da diese stets in einer Geldsumme geschah (Bd. II §. 166), nach justinianischem Recht ist dieß wenigstens überall der Fall, wo die Befriedigung des Gläubigers durch die wirkliche Leistung des ursprünglichen Gegenstandes eine persönliche Thätigkeit des Schuldners voraussetzt, die nicht erzwungen werden kann (Bd. II §. 186).

Der allgemeine Ausdruck für den Vermögenswerth, welcher Gegenstand einer Forderung wird, ist quanti res est. Res kann in dieser Formel eine Sache heißen, aber auch die allgemeine Bedeutung von Gegenstand haben, und namentlich wenn jene Worte die Summe bezeichnen, in welche der Richter condemniren soll, bedeutet das Wort den Streitgegenstand, die lis, und die Aestimation, welche dem Richter damit aufgegeben wird, ist gleichbedeutend mit litis aestimatio.[a]) Jene

---

a) So z.B. L. 47 D. de R.V. (6, 1) L. 4 D. de cond. trit. (13, 3) L. 8 D. de eo quod certo loco (13, 4) L. 11 D. de re iud. (12, 1.) Gell. IV. 4.

Worte bestimmen nun den Gegenstand, der die Grundlage der richterlichen Aestimation bilden soll: die Sache, die Handlung, das Ereigniß, deren Geldäquivalent zu ermitteln ist, und je nach dem Umfang und der Begränzung dieses Gegenstands (so ob er ein certum oder ein incertum ist) wird die Aestimation selbst weiter oder enger begränzt seyn (Bd. II §. 165 Note t. u). Aber dieß ist nicht der ausschließliche Maßstab der Aestimation, es kommt noch darauf an, ob dabey auf individuelle Umstände, die den Werth des Gegenstands für den Gläubiger bestimmen, und auf welche Rücksicht genommen werden soll, oder nicht. Darüber entscheiden jene Worte nicht, sie lassen an sich die eine und die andere Entscheidung zu.[b]) Dieses doppelte Verfahren bey der Aestimation soll nun näher beschrieben werden:

1) Die Aestimation richtet sich bloß auf den Verkaufswerth des Gegenstands, verum rei pretium (auch wohl vera rei aestimatio), so daß nichts in Anschlag kommt, was diesen Werth für den Gläubiger unter den vorliegenden Umständen erhöhen, oder auch wohl mindern könnte.[c])

2) Die Aestimation geht auf den Werth, den der Gegenstand für den Gläubiger hat, also auf die Differenz, die das Geschehen oder Nichtgeschehen von etwas in seinem Vermögen bewirkt, aestimatio eius quod interest, und dieses Interesse kann sich bey einer Sache höher als ihr Preis, aber auch niedriger stellen.[d])

---

b) S. Note d. Mit Unrecht hat man daher die nachher Note c. d. dafür anzuführenden Stellen für widersprechend gehalten.

c) L. 20 §. 21 D. de H. P. (5, 3) L. 7 §. 12 D. comm. div. (10, 3) L. 62 §. 1 L. 63 pr. D. ad L. falc. (35, 2) L. 2 §. 13 L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (47, 8.) Daß der Ausdruck quanti res est diese Bedeutung haben kann, ergiebt sich aus L. 193 D. de V. S. (50, 16): haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur, d. h. in dem Fall, von dem der Jurist handelte, L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (47, 8) L. un. §. 4 D. si quis ius dic. (2, 3.)

d) L. 1 pr. D. de act. emti (19, 1): si res vendita non tradatur,

Die erste Art der Aestimation ist nur da möglich, wo es sich um den Eigenthumswerth einer bestimmten Sache handelt, sey es als Gegenstand einer Forderung, oder sonst z. B. wenn bey der Berechnung der falcidischen Quart der Werth der Erbschaft und einzelner Sachen angeschlagen werden, und daran schließt sich der Fall, wenn die Größe einer Strafe sich nach dem Werth einer Sache bestimmt.[e]) Ist der Ersatz des Werths

---

in id quod interest, agitur, hoc est quod rem habere interest emtoris. hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. L. 9 §. 8 D. ad exhib. (10, 4): – utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas interdum minoris quam res erit. Daß der Ausdruck quanti res est diese Bedeutung haben kann, ergiebt sich aus L. 81 §. 1 D. de V. O. (45, 1) L. 4 §. 7 D. de damno inf. (39, 2): — quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam, also: wenn man die Worte quanti res est als eine Bestimmung der Quantität selbst versteht, dann bedeuten sie den Verkaufswerth der Sache, anders wenn damit nur der Gegenstand, der die Grundlage der Aestimatio seyn soll, bezeichnet wird. So auch L. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17): in hoc interdicto (d. h. im cascellianum iudicium: Rudorff, Zeitschr. XI. 359, 29. R.) condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est* sic accipimus quanti unius cuiusque interest, possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

e) S. die Stellen Note c und die Note d cit. L. 4 §. 7 de damno inf. (39, 2.) Dieß würde auch auf die actio furti zu beziehen seyn, deren Gegenstand eine nach dem Werth des Gestohlenen (auf das duplum, triplum, quadruplum desselben) bestimmte Strafe ist. Und so sagt auch Ulpian L. 50 pr. de furtis (47, 2): in furti actione non quod interest, quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium — (der höchste seit dem Diebstahl), aber dieß soll nur die Berücksichtigung eines geringeren Interesses, das vielleicht der bestohlene Eigenthümer unter den vorliegenden Umständen hatte, ausschließen, nicht die eines höheren L. 52 §. 28. 29 L. 67 §. 1 L. 80 §. 1 L. 27 pr. eod., während wenn der Nichteigenthümer die furti actio hat, die Strafe lediglich nach seinem Interesse, das meistens geringer als der Preis der Sache seyn wird, zu berechnen ist L. 80 §. 1 cit.: — quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti

Gegenstand der Forderung, so kann die Aestimation auf den Preis nur dann sich beschränken, wenn die Forderung auf dare (Bd. II §. 165 S. 113), also auf das Geben der Sache zu Eigenthum geht, überall dagegen, wo die Forderung auf ein incertum geht, dessen Werth angeschlagen werden soll, ist es das Interesse, welches zu ermitteln, und unter den Worten quanti ea res est zu verstehen ist.[f])

Das Interesse ist der Werth von etwas in Beziehung auf das gesammte Vermögen einer gewissen Person betrachtet, daher wird es auch durch das Wort utilitas bezeichnet.[g]) Es ist die Differenz zwischen dem Stand des Vermögens nach dem Eintritt eines nachtheiligen Umstands und dem Stand, den es ohne denselben haben würde, sey es daß ihm ein schon erworbener Theil entzogen, oder ein erwarteter Zuwachs verloren ist.[h]) Das Interesse also als Gegenstand einer Forderung setzt einen Vermögensnachtheil, einen Schaden (damnum) voraus, der eine doppelte Gestalt annehmen kann: Minderung des Vermögens um einen gegenwärtigen, oder um einen künftigen Bestandtheil desselben. Das erstere hat man positiven Schaden (Damnum emergens), das zweite negativen (Lucrum

---

actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest. Die Berücksichtigung des Interesses bey dem Eigenthümer, soweit sie ihm vortheilhaft ist, wurde für billig gehalten, weil es bey der Frage nach der Zuständigkeit der Klage berücksichtigt wird, denn der Mangel desselben kann bewirken, daß nicht er, sondern ein Anderer die Klage hat. Dadurch beseitigen sich die angeblichen Controversen und Widersprüche.

f) S. die Stellen Note d. L. 114 D. de V. O. (45, 1): si fundum certo die *praestari* stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti non esse ist nicht von einer Stipulation auf ein certum, sondern auf ein incertum zu verstehen, vgl. L. 4 pr. D. de usur. (22, 1.)

g) L. 11 §. 18 D. de action. emti (19, 1) L. 81 §. 1 D. de V. O. (45, 1) u. a.

h) L. 13 pr. D. ratam rem hab. (46, 8): in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.

cessans, entgangenen Gewinn) genannt. Die Wiederherstellung des Vermögens gegen einen Nachtheil läßt sich unter Umständen als eine specifische denken, deren Erfolg der ist, daß der Verletzte specifisch dasselbe erhält, was ihm entzogen worden ist z. B. die Sache nebst ihren Früchten in natura; dieß wird sehr häufig nicht möglich seyn, oder wenigstens den erlittenen Schaden nicht völlig beseitigen. Dann wird es zu einer Wiederherstellung dem Werth nach kommen, durch die das Vermögen des Verletzten, ohne dieselben specifischen Gegenstände zu enthalten, denselben Betrag erreicht, den es ohne das nachtheilige Ereigniß gehabt hätte. Das Interesse fordern heißt nun eben diese Wiederherstellung dem Werth nach fordern.

Zuweilen wird dem Benachtheiligten gestattet, den Betrag seines Interesse durch einen Eid, iusiurandum in litem, zu bestimmen, die Größe ist hier, soweit der Richter nicht eine Taxatio beifügt, rein auf sein Gewissen gestellt (Bd. II §. 174 S. 203. 205). Regelmäßig aber hat der Richter die Quantität nach dem von dem Verletzenden beizubringenden Beweis zu ermitteln und festzusetzen, und dafür sind ihm folgende Regeln gegeben.

Vor allem ist es stets nur das Vermögensinteresse, welches Gegenstand einer Forderung ist, der Werth der Neigung kommt nicht in Anschlag.[i]) Sodann muß zwar jeder Nachtheil, der durch das beschädigende Ereigniß wirklich verursacht worden ist, in Ansatz gebracht werden, auch wenn er nur durch eine Verkettung besonderer Umstände eintrat, wer z. B. eine Sache zu leisten hatte, die der Gläubiger unter einer

---

i) L. 21 §. 2 L. 33 pr. D. ad l. aquil. (9, 2): si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles —. Ein anderes ist das Interesse, welches zur Begründung einer Forderung gefordert wird, in dieser Beziehung ist unter Umständen ein Affectionsinteresse hinreichend, s. oben §. 258 Note e.

Strafe einem Andern schuldete, muß auch diese Strafe ersetzen, die er seinem Gläubiger durch seine Säumniß zugezogen hat.[k]) Aber diese individuellen Umstände werden doch nur begünstigt, wo es sich um einen positiven Schaden, also um schon eingetretene, mithin vollkommen zu übersehende Verluste handelt, nicht bey dem Anschlag eines entgangenen Gewinns, weil dieser, je mehr er von individuellen Verhältnissen abhängt, desto unsicherer wird und zugleich aus dem Causalnexus mit dem beschädigenden Ereigniß heraustritt,[l]) daher z. B. als Gewinn, der uns durch die Vorenthaltung einer Geldsumme entgangen ist, nur die Zinsen in Anschlag gebracht werden, die durch ihre Anlegung bezogen werden konnten, nicht der außerordentliche Vortheil, den sie dem Gläubiger durch eine Handelsspeculation gebracht haben würde.[m]) Nur wenn das Interesse des Orts der Zahlung, also die Differenz, die durch eine Veränderung desselben in dem Vermögen entsteht, zu berechnen ist, muß auch hinsichtlich des entgehenden Gewinns auf solche besondere Verhältnisse gesehen werden, dieß liegt in dem Gegenstand selbst, in Beziehung auf den gemeinen Gewinn wird sich regelmäßig keine Ortsdifferenz ergeben.[n])

CCLXI. Der Schuldner einer Summe kann verpflichtet seyn, für die Benutzung derselben bis zur wirklichen Leistung dem Gläubiger ein Aequivalent zu geben; dieses Aequivalent

---

k) L. 22 pr. eod.

l) L. 33 pr. cit.: (L. 63 pr. D. ad l. falc. 35, 2) — pretia rerum non ex — utilitate singulorum, sed communiter fungi — — nec illum qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere possit. L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1): cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modò circa ipsam rem constitit, neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est —.

m) L. 19 D. de peric. et comm. (18, 6.)

n) L. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco (13, 4).

führt den Namen von Zinsen, usurae. Die Zinsverbindlichkeit kann sich auf ein Rechtsgeschäft gründen, welches sie festsetzt (Zinsen ex obligatione), aber auch außerdem kann es dem Recht gemäß seyn, daß Zinsen gegeben werden, so daß der Richter einen Schuldner dazu verurtheilt, obgleich sie durch kein Rechtsgeschäft festgesetzt, durch keinen Vertrag versprochen sind, z. B. wenn der Schuldner durch rechtswidrigen Verzug dem Gläubiger die Zahlung vorenthalten hat, oder eine stillschweigende Verpflichtung als Absicht der Parteien anzunehmen ist;[a]) in diesem Fall wird gesagt: officio iudicis usurae praestantur (s. g. gesetzliche Zinsen).

Die Zinsverbindlichkeit ist materiell nie selbstständig, sie setzt stets eine andere Schuld, das Capital (sors, caput) voraus, zu der sie sich als Accession verhält. Aber es ist ein wichtiger Unterschied, ob sie als eine besondere (wenngleich accessorische) Obligatio besteht, oder ob sie nur (was stets bey den s. g. gesetzlichen Zinsen der Fall ist) eine Erweiterung des Gegenstandes der Hauptobligatio ist. Hier wird sie nur mit und in der Hauptschuld selbst geltend zu machen seyn, sie setzt also voraus, daß die Hauptschuld einer solchen Erweiterung überhaupt fähig (wie die bonae fidei obligatio wegen Mora §. 269) und daß die Klage aus ihr noch zuläßig ist; hätte z. B. der Kläger bey ihrer Anstellung die Zinsforderung versäumt, so würde er sie nicht nachträglich noch erheben können, denn eine besondere Klage hat er nicht, und die aus der Hauptobligatio ist durch ihren einmaligen Gebrauch consumirt.[b]) Dort hingegen schneidet die Tilgung der Hauptschuld zwar die weitere Entstehung von Zinsen stets ab, in Folge ihrer materiell accessorischen Natur, aber die rückständigen trifft dieß nicht, da

a) L. 13 §. 20 D. de A. E. V. (19, 1): veniunt autem in hoc iudicium — usurae pretii post diem traditionis, nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

b) L. 49 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1) L. 13 C. de usur. (4, 32) L. 4 D. depos. (4, 34.)

eine selbstständige Obligatio und eine besondere von der Hauptklage unabhängige Klage hinsichtlich ihrer besteht.

Das Maß der Zinsen ist bey den gesetzlichen zum Theil durch den Rechtssatz, auf dem die Verbindlichkeit beruht, zugleich festgestellt,[c]) zum Theil hat es der Richter zu bestimmen,[d]) bey den Zinsen ex obligatione wird ihre Größe durch das Rechtsgeschäft gegeben, das sie zusagt. Schon früh aber hat die Gesetzgebung sich veranlaßt gefunden, habsüchtigen Capitalisten, welche die Noth der Creditsuchenden zu übermäßiger Steigerung der Zinsleistungen mißbrauchen, durch Feststellung eines gesetzlichen Zinsfußes d. h. eines Maximums, das nicht überschritten werden soll, entgegen zu wirken. Vor allem ist dieß für den gewöhnlichsten Fall der Zinsverbindlichkeit, den Zinscontract (fenus) geschehen, aber auch auf andere Zinsen ist diese Schranke erstreckt worden.[e]) Der Zinswucher spielt eine große Rolle in der politischen Geschichte Rom's, und es macht auf unser Gefühl von Anstand und Würde keinen sehr günstigen Eindruck, wenn wir die älteste Aristokratie mit Schuldscheinen und Zinsrechnungen als Offensivwaffen gegen das übrige Volk ausrücken sehen. Eine große Versuchung allerdings lag in der alten Sitte, die das Handelsgewerb des freigebornen Bürgers unwürdig hielt; diese Sitte ließ dem Reichen nur die Anlegung der Capitalien auf Zinsen und in Grundbesitz übrig. Beides wurde so hoch als möglich getrieben, und im Grunde war das erstere das kleinere Uebel.[f])

---

c) Vgl. z. B. Bd. II §. 232 Note b.

d) L. 1 pr. D. de usur. (22, 1) L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1.)

e) Bezeichnet wird die Größe der Zinsen als Quote des Capitals, die für einen gewissen Zeitraum gegeben werden soll. Am nächsten liegt es, den Zeitraum eines Jahres zu Grunde zu legen, die späteren Römer aber erleichterten sich die Berechnung für kürzere Zeiträume dadurch, daß sie die Zinsen nach der monatlich zu zahlenden Quote des Capitals bezeichneten. So heißen centesimae usurae die, welche monatlich $\frac{1}{100}$ des Capitals (also jährlich 12 Procent) betragen. *f*) Vgl. Bd. I §. 57.

Der älteste gesetzliche Zinsfuß, welcher erwähnt wird, ist das fenus unciarium, er wurde später auf die Hälfte, fenus semunciarium, herabgesetzt. Die Einführung jenes schreibt Tacitus den Zwölf Tafeln zu,[g]) Livius erzählt zum Jahr 397, daß de unciario fenore ein Plebiscit von Duilius und Mänius durchgesetzt worden sey,[h]) im Jahr 407 habe man das fenus semunciarium eingeführt.[i]) Die Richtigkeit der Behauptung des Tacitus zu bezweifeln, ist kein Grund, und daß Livius die ihm vorliegende Nachricht über das Duilische Gesetz von einer ersten Einführung dieses Zinsfußes verstanden zu haben scheint,[k]) hindert nicht anzunehmen, daß dieses Gesetz, wenn auch nicht bloß eine neue Einschärfung, doch nur Beseitigung von Umgehungsversuchen, oder irgend eine neue Feststellung, sey es hinsichtlich der Personen oder der Berechnung gewesen ist. Man hat früher das fenus unciarium meistens von Einem jährlichen Procent verstanden. Auf dieses undenkbare Resultat (denn Ein Procent als Maximum wäre so gut als ein Zinsverbot, und damit die nachherige Herabsetzung auf die Hälfte eine Lächerlichkeit) ist man folgendergestalt gekommen. Man nahm die uncia, von der dieses Fenus seinen Namen hat, als das Zwölftheil der Asmünze, diese uncia hätte monatlich bezahlt werden müssen, also jährlich ein As

---

g) Tac. annal. VI. 16: nam primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea (Liv. II. 23. VI. 14. Dionys. VI. 58) ex libidine locupletium agitaretur. (Cato de re rust. praef. Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, ni tam periculosum siet et item fenerari, si tam honestum siet. Maiores nostri hoc sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem existimarint feneratorem, quam furem, hinc licet existimari. Hiernach wäre das Zwölftafelgesetz eine minus quam perfecta lex gewesen, wofern nicht das Vierfache auf die Lex Marcia [Note s] zu beziehen ist. R.)

h) Liv. VII. 16. (Wahrscheinlich führte es eine ädilitische Mult gegen die Wucherer ein Liv. VII. 28. [411] Huschke, Recht des Nexum S. 121. R.)

i) Liv. VII. 27. *k*) Liv. VII. 19, 5.

von — hundert Asses. Dieses Ganze, worauf alles ankommt, wäre mithin bey einer Bezeichnung des Zinsfußes gar nicht angegeben, und die Römer hätten die Größe der Zinsen mit einem Wort bezeichnet, das die Größe verschweigt, und nur die Zinstermine, die Zahlung in monatlichen Raten ausdrückt. Auf die einfachste Weise hat Niebuhr die Sache erledigt.[l]) Fenus unciarium bedeutet Zinsen, die in einem Zwölftheil bestehen. Als das Ganze, von dem diese Quote gemeint ist, kann, da kein andres ausdrücklich angegeben wird, nur das Capital verstanden werden, wie dieß auch bey der späteren centesima usura der Fall ist. Würde man nun ein monatliches Zwölftheil voraussetzen, so käme ein Zinsfuß von Hundert vom Hundert jährlich heraus, der durch seine Größe als ein billiges Maß undenkbar ist, wie jener von Ein Procent durch seine Kleinheit. Aber zu jener Voraussetzung sind wir durch nichts genöthigt; es ist vielmehr sehr wohl zuläßig, eine jährliche Berechnung anzunehmen, wodurch also das fenus unciarium sich auf ein ähnliches Zwölftheil vom Capital, also auf $8\frac{1}{3}$ Procent stellt, und zwar, wie es wahrscheinlich ist, für das romulische Jahr von 304 Tagen (Bd. II §. 199).[m])

Ein Plebiscit des Genucius von 412 soll den Zinscontract überhaupt verboten haben.[n]) Daß dieses Verbot wieder

l) Niebuhr röm. Geschichte III S. 61 ff.

m) (Eine decuma als donum moribus antiquis pro usura wird in der berühmten Beuteinschrift des Mummius v. J. 608 erwähnt. Orelli n. 1862 Ritschl Vorrede zum Bonner Sommerkatalog 1852 p. IX. Dagegen bezog sich die so genannte unciaria lex des Sulla v. J. 666 [Festus s. v.] nicht auf die Zinsen, sondern wohl auf eine Verminderung der Kapitalschuld um 10 Prozent, welche die Lex Valeria v. J. 668 [Note o] bis auf 75 Prozent zu treiben wagte. R.)

n) Liv. VII. 42: praeter haec invenio apud quosdam, L. Genucium trib. pl. tulisse ad populum, ne fenerare liceret. Tac. ann. VI. 16 (vgl. Note g) dein rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura. (Appian. B. C. I. 54. *νόμου τινὸς παλαιοῦ προσαγορεύοντος μὴ δανείζειν ἐπὶ τόκοις, ἢ ζημίαν τὸν οὕτω δανείσαντα προσοφλεῖν.* R.)

aufgehoben worden sey, davon schweigen alle Nachrichten, und doch war es im siebenten Jahrhundert nicht mehr in Uebung; es wird erzählt, daß im Jahr 665 der Prätor Asellio den Versuch, die alten Gesetze wieder geltend zu machen, mit dem Leben bezahlen mußte.[o]) Man könnte auf den Gedanken kommen, jene Lex Genucia habe nur die Niederschlagung der Zinsen zu Gunsten der damaligen Schuldner verordnet, eben so wie die Lex Licinia von 387 nur die bestehenden Zinscontracte außer Wirkung setzte (Bd. I §. 57), indem sie neben der Abrechnung der schon bezahlten Zinsen vom Capital ohne Zweifel auch die Tilgung der noch nicht bezahlten aussprach. Es scheint doch kaum möglich, daß ein Gesetzgeber sich hätte schmeicheln können, das verzinsliche Darlehn ohne den Capitalisten nicht bloß, sondern auch den Creditbedürftigen ein Surrogat zu bieten, abzuschaffen.

Indessen stellt sich die Sache selbst und die Entstehung des späteren Rechts in ein anderes Licht, wenn wir den Inhalt der alten Zinsgesetze näher ins Auge fassen. Man darf nämlich zwey Beschränkungen, denen sie unterlagen, nicht aus den Augen verlieren. Zuvörderst waren die Gesetze nur auf Zinsgeschäfte unter römischen Bürgern anwendbar, Geschäfte zwischen Bürgern und Latinen oder Peregrinen wurden dadurch nicht beschränkt. Dieß gab Veranlassung, daß man sich der Nichtbürger als Mittelspersonen bediente, um das Gesetz zu

---

o) Appian. bell. civ. I. 54. (Liv. epit. 74 cum aere alieno oppressa esset civitas, A. Sempronius Asellio praetor, quoniam secundum debitores ius dicebat, ab iis, qui feuerabantur, in foro occisus est. Val. Max. IX. 7. 4. Damit stehen die gesetzlichen Erleichterungen in Verbindung, welche die Consuln des folgenden Jahrs 666 durch die Lex Pompeja und Cornelia den Schuldnern und ihren Bürgen gewährten [§. 265 Note s], ferner die Lex Valeria v. J. 668, welche die Schulden auf ein Viertheil herabsetzte. Vell. II. 23 L. Valerius Flaccus turpissimae legis auctor, qua creditoribus quadrantem solvi iusserat: cuius facti merita eum poena intra biennium consecuta est. R.)

umgehen, bis die Lex Sempronia von 561 diesen Unterschleifen dadurch ein Ende machte, daß sie auch die Nichtbürger den römischen Zinsgesetzen unterwarf.[p]) Auch waren die Gesetze vielleicht nur auf Italien anwendbar,[q]) so daß ein Darlehn, das in die Provinzen gieng, wenngleich von einem Bürger an einen solchen, ihnen nicht unterworfen war. Dadurch war später ein überaus großer Theil der bedeutendsten Geschäfte dieser Art frey von jenen Schranken, und dieß war mit den politischen Zwecken jener Gesetze keineswegs in Widerspruch. Die zweite Beschränkung war eine innere, die Wirkung der Gesetze betreffende. Der verbotene Zinscontract war nämlich nicht für nichtig erklärt, der Gläubiger konnte ihn vielmehr gerichtlich geltend machen, nur einer Strafe setzte er sich dadurch aus, die der Schuldner das Recht hatte einzuklagen. Die Strafe betrug das Vierfache der gesetzwidrig bezogenen Zinsen,[r]) und die Lex Marcia gab dem Schuldner deshalb die Manus Injectio.[s]) Nicht selten mußte, wenn der Gläubiger Jahre lang die Zinsen hatte wachsen lassen, und endlich eine Capital- und Zinsensumme einklagte, welche die Mittel des Schuldners überstieg, die Zahlungsunfähigkeit mit ihren Folgen diesen außer Stand setzen, von seiner Strafforderung Gebrauch zu machen, die Einschränkung der Legis Actio seit der Lex Aebutia war wohl auch nicht ohne Einfluß auf die Anwendung der Zinsgesetze, so konnte es 665 als eine Neuerung erscheinen, daß die Schuldner ihre Gläubiger mit jener Strafe bedrohten und der Prätor sich geneigt finden ließ, die seit

---

p) Liv. XXXV. 7: ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae ius idem quod cum civibus romanis esset.

q) Wie die Lex Furia (Gai. III. 122), und das Gesetz Cäsar's de modo credendi possidendique intra Italiam Tac. annal. VI. 16.

r) Cato de re rust. praef. s. Note g.

s) Gai. IV. 23. Si usuras *exegissent*. (Vgl. Thaleläus zu Basil. 21. 3: 19 tom. II. p. 462 Heimb. *οὐχ' ἡ ἐπερώτησις εὐθέως ἐπιφέρει τὴν ἀτιμίαν, ἀλλ' ἡ ἀπαίτησις.* Huschke a. a. O. S. 123. R.)

lange außer Gebrauch gekommenen Gesetze wieder anzuwenden (Note o).

Aus politischen Gründen wurde, wie früher zwischen Römern und Römern, im siebenten Jahrhundert das verzinsliche Darlehn von Römern an Provincialstädte verboten, zuerst durch ein Senatusconsultum 660, dann gegen den Willen des Senats, der jene Verordnung für hinreichend hielt, durch das Plebiscit des A. Gabinius 687.[t]) Dagegen hatte die Aufrechthaltung jener alten Gesetze kein Interesse mehr, vielmehr mußte den Creditbedürftigen eine Zinsbeschränkung vortheilhafter erscheinen, als ein Zinsverbot, wenn sie gehörig gewahrt, und namentlich statt einer bloßen Strafe des Gläubigers Unwirksamkeit einer die gesetzten Schranken übersteigenden Zinsverpflichtung ausgesprochen wurde. Diese vollkommenere Wirkung hat nun das Zinsmaximum, das in den Schriften der Juristen und in den Gesetzen der dritten und vierten Periode anerkannt wird. Diese maximae oder legitimae usurae sind die centesimae (Note e).[u]) Sie beruhen wahrscheinlich nicht auf einem Gesetz,[v]) sondern auf den magistratischen Edicten, wie es für die Provinzen wenigstens ausdrücklich bezeugt ist.[w]) Eine Ausnahme wurde gemacht, wenn es sich nicht bloß um ein Aequivalent für die Benutzung, sondern zugleich für eine von dem Gläubiger übernommene Gefahr, namentlich der Uebermachung über See (pecunia traiecticia) handelte; hier wurde die Höhe der Zinsen (fenus

---

t) Ascon. argum. in Cornel. Cic. ad Att. V. 21. VI. 2.

u) Paul. sent. II. 14, 2. 4. L. 1. 2 C. Th. de usur. (2, 33.)

v) Daß frühere Gelehrte zuweilen die Lex Gabinia (Note s) dafür anführten, beruht lediglich auf einem Mißverständniß der dieses Gesetz erwähnenden Stellen, vgl. Savigny über den Zinswucher des M. Brutus, Abhandl. d. berl. Acad. 1818. 1819 hist. phil. Cl. S. 179 ff.

w) Cic. ad Att. V. 21. VI. 1. 2. 3. Unter August war es des Geldüberflusses wegen schwer, seine Capitalien (mit Sicherheit wenigstens) höher als zu vier Procent anzubringen Dio Cass. LI. 11.

nauticum) für die Dauer der Gefahr ohne gesetzliche Schranke ganz der Uebereinkunft der Parteien anheim gegeben.[x])

Justinian hat den regelmäßigen Zinsfuß auf die Hälfte (semisses usurae) herabgesetzt; die centesimae sollen nur ausnahmsweise, wie namentlich bey der pecunia traiecticia erlaubt seyn; außerdem werden noch in gewissen Fällen zwey Drittheile der centesimae (besses usurae), in einigen dagegen nur ein Drittheil (trientes usurae) gestattet.[y]) Auf der andern Seite war in der vierten Periode eine kleine Erhöhung des Zinsmaßes durch den Umstand herbeigeführt worden, daß man, um es den üblichen Münzen bequemer anzupassen, als centesimae usurae drey siliquae (Vierundzwanzigtheile) vom solidus zuließ, also $12\frac{1}{2}$ Procent statt 12, wodurch sich mithin die semisses von 6 auf $6\frac{1}{4}$, die trientes von 4 auf $4\frac{1}{6}$ Procent ꝛc. stellten.[z])

Die Zinsen können eine den Schuldner beschwerende Höhe nicht bloß durch ihr Maß, sondern auch durch ihre Dauer erreichen; wenn sie lange rückständig bleiben, so können auch an sich mäßige Zinsen die Schuld, zu der sie hinzutreten, auf eine Weise anschwellen, daß der Schuldner, der die zeitige Abtragung versäumt hat, dadurch in große Noth geräth. Vor allem ist dieß möglich, wenn die rückständigen Zinsen sofort selbst wieder zinstragend gemacht werden (anatocismus), indem nach verstrichenem Zinstermin die folgenden Zinsen von dem Capital und von jenen fällig gewordenen Zinsen berechnet werden. Dieser Anatocismus war noch zu Cicero's Zeit vollkommen zuläßig, nur wurde es für billig gehalten, und in den magistratischen Edicten bestimmt, daß nicht für die Zinsen eines jeden Monats, sondern nach Ablauf eines ganzen Jahres für

---

x) Paul. sent. II. 14, 3.

y) L. 26 §. 1 C. de usur. (4, 32.)

z) So wird gerechnet in der westgothischen Interpretatio zu L. 2 C. Th. de usur. (2, 33), ferner in Nov. 32 c. 1. Nov. 34 c. 1.

die darin rückständig gebliebenen Zinsen eine Verzinsung, also die Hinzurechnung derselben zu dem verzinslichen Capital begann; dieß nannte man anatocismus anniversarius.[aa]) Später wurde der Anatocismus (usurae usurarum) überhaupt verboten,[bb]) ein Verbot, welches Justinian dadurch verschärft hat, daß nicht einmal durch eine Novation die rückständigen Zinsen zinsfähig werden sollen.[cc]) Ehe der Anatocismus verboten worden war, hatte man ihn vielleicht schon durch den Grundsatz ermäßigt, daß das alterum tantum des ursprünglichen Capitals in jedem Fall die Gränze bilden müsse, über die hinaus der Zinsbetrag nicht getrieben werden dürfe; dieses Verbot der usurae ultra duplum wurde auch nach dem Verbot des Anatocismus beibehalten,[dd]) aber hier genauer dahin bestimmt, daß es nur auf die rückständig gebliebenen Zinsen sich beziehe, welche daher nicht über den Betrag des Capitals anwachsen können.[ee]) Justinian gieng weiter, auch die gezahlten Zinsen sollten in das Duplum eingerechnet, also überhaupt von einem Schuldner nie mehr Zinsen bezahlt werden als das Capital beträgt;[ff]) dieser Rechtssatz, wodurch die Wirkung der Zinsgeschäfte auf eine gewisse Dauer eingeschränkt wird, hat sich im Occident nicht erhalten.

---

aa) Cic. ad Att. V. 21, 11: cum ego in edicto tralaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario — (ib.: praesertim cum senatus consultum modo factum sit — ut centesimae perpetuo fenore [ohne Unterbrechung durch den jährlichen Anatocismus] ducerentur. R.)

bb) L. 26 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6) L. 27 D. de re iud. (42, 1.)

cc) L. 28 C. de usur. (4, 32) L. 3 C. de us. rei iud. (7, 54.)

dd) L. 26 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6.) Das in stipulatum deduci, welches in der Stelle dem exigi gleich gestellt wird, bedeutet eine Novation, wodurch Capital und rückständige Zinsen in ein neues Capital verwandelt werden. Die neue Schuld begreift nur die Zinsen, die wirklich hätten gefordert werden können.

ee) L. 10 C. de usur. (4, 32.) Vgl. über diesen Gegenstand W. Sell Jahrbücher für hist. und dogm. Bearb. d. R. R. I. 2.

ff) L. 29. 30 C. eod. Nov. 121 c. 2. Nov. 138. 160.

Subjecte der Obligatio.

CCLXII. Die Subjecte der Obligatio sind der Gläubiger und der Schuldner. Die Obligatio ist ein Recht gegen die Person des Schuldners, nicht ein Recht an seiner Person. Nicht bloß der Gläubiger, der Berechtigte ist das Subject des Rechtsverhältnisses, sondern auch der Verpflichtete, eben weil nicht er, sondern seine Leistung Gegenstand der Forderung ist. Daher muß nicht bloß der Gläubiger, es muß auch der Schuldner rechtsfähig seyn, wenn eine Obligatio bestehen soll.

Dieser Umstand schließt nicht die Freien, die einer Gewalt unterworfen sind (Bd. II §. 219), aber die Sclaven von der Möglichkeit, Schuldner zu seyn, aus. Indessen konnte diese Consequenz nicht streng festgehalten werden in einem Staat mit einer unermeßlichen Sclavenbevölkerung, die factisch mit der freien gemischt war, und in einem großen Maßstab auch zur Führung des rechtlichen Verkehrs gebraucht wurde. Vor allem wurde eine Verpflichtung der Sclaven aus Delicten derselben angenommen, mit einer Klage theils gegen die Herren, theils gegen die Thäter, selbst nach ihrer Befreiung aus der Sclaverey (Bd. II §. 212 Note s). Aus ihren Geschäften wird unter gewissen Voraussetzungen der Herr verpflichtet (§. 266), schon darin liegt auch eine Verpflichtung ihrer selbst, als Grundlage jener Haftung des Herrn, nur daß von einer gerichtlichen Geltendmachung gegen sie selbst während der Sclaverey nicht die Rede seyn kann; durch die Freilassung des Sclaven erhält der, welcher mit ihm in Geschäftsverhältnissen stand, zwar keine Klage gegen ihn, dennoch aber kann er sich sonst gegen ihn darauf berufen, daß er ihm verpflichtet ist: der ehemalige Sclave ist ihm naturaliter obligirt.[a])

Aber der Sclave gilt auch als naturalis creditor, wenn er vermöge der ihm vom Herrn gestatteten Verwaltung eines

---

a) L. 14 D. de O. et A. (44, 7.)

Peculiums einen berechtigenden Contract abgeschlossen hat.[b]) Dieses Verhältniß wird wirksam zu Gunsten des Schuldners, indem dieser mit Wirkung an jenen zahlen kann, vor und nach der Freilassung, sofern er in der Meinung steht, dem Freigelassenen sey sein Peculium gelassen worden,[c]) zu Gunsten des Sclaven selbst, wenn ihm sein Peculium bey der Freilassung mitgegeben wird,[d]) und wenn der Herr selbst der Schuldner war und nach der Freilassung zahlt.[e])

Schon die reine Stellung des Schuldners setzt Rechtsfähigkeit voraus, umsomehr wenn sich mit der Verbindlichkeit zugleich eine Forderung verknüpft. Diese Verknüpfung ist bey vielen Obligationen möglich, bey manchen sogar wesentlich.

Es giebt Obligationen, die entweder ihrem natürlichen Inhalt, oder der ihnen gegebenen juristischen Form nach so einfach sind, daß sie das eine Subject zum Gläubiger, das andere zum Schuldner machen, ohne daß für jenen auch eine Pflicht, für diesen ein Recht aus der Obligatio abgeleitet werden kann. Wir nennen sie streng einseitige Obligationen. Solche sind die Delictsobligationen; die unerlaubte Handlung macht den Thäter zum Verpflichteten, auf Ersatz des Schadens oder auf Strafe; es ist unmöglich, daß sie ihm zugleich einen Anspruch gegen den Verletzten gebe, und ebenso ist dieser rein berechtigt, nicht auch verpflichtet. Aber auch von den Obligationen, die sich auf Rechtsgeschäfte gründen, gehören nicht wenige dahin. So ist die Obligatio aus dem Darlehen eine streng einseitige, das Geschäft enthält von vornherein nur eine Verpflichtung des Darlehenempfängers, und wenn es auch seinem Inhalt nach möglich wäre, daß auch dieser Schuldner als berechtigt erschiene, weil er z. B. durch ein

---

b) L. 14 cit.

c) L. 32 D. de solut. (46, 3.)

d) L. 3 D. de manum. quae servis ad univ. (40, 3.)

e) L. 64 D. de cond. ind. (12, 6.)

rechtswidriges Verfahren des Darleihers bey dem Geschäft zu Schaden gekommen ist, so wird die Aufnahme eines solchen Gegenanspruchs in die Darlehensobligatio doch dadurch verhindert, daß diese einer strengen Beschränkung auf ihren ursprünglichen und in der sie begründenden Handlung (dem Geben der Summe) ausgedrückten Inhalt unterliegt. Eben so die Obligatio, die durch eine Stipulation begründet wird; sie macht den zum Schuldner, der auf die Frage des Andern ein Versprechen gegeben hat. Sollte er auch eine Forderung erhalten, so müßte dieß durch ein gleichmäßiges Versprechen des Andern geschehen, also durch eine zweite Stipulation, die und deren Inhalt nicht ein Bestandtheil der ersten und der dadurch begründeten Obligatio wäre. Es wären zwey Stipulationen, jede streng einseitig, nicht Eine Obligatio mit einem gegenseitigen Inhalt.

Eine Anzahl von Obligationen hat mit den eben erwähnten das gemein, daß das Geschäft, worauf sie sich gründen, zunächst und ausdrücklich nur eines der beiden Subjecte als Schuldner darstellt, die Obligatio also ihrem wesentlichen und von vornherein ausgesprochenen Inhalt nach sich als einseitige giebt, Obligationen aber, in die durch eine freiere, über den wörtlichen Inhalt hinausgehende Behandlung, und durch den Umstand, daß Forderung und Verbindlichkeit nach Redlichkeit und gerechter Gesinnung, auf die jede Partey bey der andern vertraut, beurtheilt werden sollen, die Möglichkeit einer Berechtigung des Schuldners hineingetragen wird. So wird der, welcher eine Sache zu einem gewissen Gebrauch erhält, in Verwahrung übernimmt, als Pfand überkommt, zur Rückgabe verpflichtet, aber die Gebote der Redlichkeit und Treue, nach denen seine Verbindlichkeit bemessen wird, schließen selbst den Charakter der Gegenseitigkeit in sich, sie fordern, daß wir auch zu seinen Gunsten über den wörtlichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen. Die Gegenforderungen, die hiernach der Schuldner aus dem obligatorischen Verhältniß haben kann,

macht er entweder mit einer Einrede gegen die Klage des Gläubigers oder mit der Gegenklage, actio contraria, geltend, welcher gegenüber die Klage dessen, der in einer solchen Obligatio zunächst als Gläubiger steht, directa heißt. Solche Obligationen nennen wir daher einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

Einige Obligationen aber enthalten von vornherein eine wesentliche Gegenseitigkeit, so daß jedes Subject derselben wesentlich Gläubiger und Schuldner ist, und mehrere einander gegenüber stehende Forderungen zu einer Obligatio verbunden sind. Dieß sind die gegenseitigen Obligationen. Eine solche ist z. B. die aus dem Kaufcontract, die aus der Gemeinschaft eines Rechts; Verkäufer und Käufer sind zugleich berechtigt und verpflichtet, und sie können das eine nicht ohne das andere werden. Jedes Subject hat seine besondere Klage, und zwar jedes eine directa actio, nicht eine bloße Gegenklage. Und wer eine Forderung aus einer solchen Obligatio geltend macht, bekennt damit zugleich, daß er auch eine Verbindlichkeit durch dieselbe contrahirt habe. Da in der Regel keiner verlangen kann, daß der Andere mit der Erfüllung den Anfang macht, so setzt er sich, wenn er klagt, ohne seinerseits der Obligatio Genüge gethan zu haben, der exceptio doli (Einrede des nicht erfüllten Contracts) aus, durch die der Beklagte sich gegen jene Zumuthung schützt.[f])

CCLXIII. Zu einer Obligatio können mehrere Gläubiger, mehrere Schuldner verbunden werden. Aber diese Mehrheit von Subjecten ist zuweilen nur eine scheinbare, indem ihr in Wahrheit eine Mehrheit von Obligationen zu Grunde liegt,

---

f) L. 13 §. 8 D. de A. E. V. (19, 1): Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit. L. 25 eod. Gai. IV. 126. Vgl. Bd. II §. 170 Note t.

von denen jede nur einen Gläubiger oder einen Schuldner hat. Der Schein einer einzigen Obligatio mit einer Mehrheit von Subjecten entsteht hier durch eine gewisse Verbindung, in welcher jene Obligationen mit einander stehen.

Dahin gehört der Fall, wenn Mehrere zusammen etwas theilbares sich versprechen lassen oder versprechen, so daß jeder zu einem Theil Gläubiger oder Schuldner werden soll. Eben so wenn der Gläubiger oder Schuldner stirbt und mehrere Erben hinterläßt, wodurch die Obligatio (Forderung oder Verbindlichkeit) unter sie getheilt wird. Hier ist nur die Entstehung der Punkt, in welchem die Obligationen zusammentreffen und der sie äußerlich als eine erscheinen läßt, während es in der That mehrere von einander ganz unabhängige sind.

Ein zweiter Fall ist, wenn Mehrere zusammen obligiren oder obligirt werden, so daß jeder das Ganze fordert oder zu leisten hat, das aber mehrmals, nach der Zahl der berechtigten oder verpflichteten Personen, geleistet werden muß. So wenn Mehrere zusammen ein Delict begehen, so trifft jeden die Strafe, wie wenn er der einzige Urheber desselben wäre, ohne daß einer durch die Leistung des Andern befreit würde,[a]) und wenn umgekehrt in der Handlung einer Person Delicte gegen mehrere Personen enthalten wären, so hat jeder Verletzte aus dem gegen ihn begangenen Delict seine Ansprüche gegen den Thäter unabhängig von dem gleichzeitig auch gegen einen Andern begangenen Delict.[b]) Auch hier bestehen mehrere, unabhängige Obligationen, die nur durch ihre Entstehung in einem äußeren Zusammenhang mit einander stehen.

Ein dritter Fall hat mit den beiden ersten das gemein, daß ebenfalls mehrere Obligationen bestehen, er unterscheidet sich

---

a) L. 11 §. 2 D. ad L. aquil. (9, 2): — — ex lege aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

b) L. 1 §. 9 L. 18 §. 2 D. de iniur. (47, 10): — — quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet —.

aber von ihnen dadurch, daß diese Obligationen in einem Punkt von einander abhängig sind, und somit in einer wesentlicheren Verbindung als dort mit einander stehen. Dieß geschieht, wenn der Gegenstand das verbindende Moment ist. Diese Bewandtniß hat es z. B. mit der Verpflichtung mehrerer Miturheber eines Delicts zum Schadenersatz,[c]) ferner bey der ungetheilten Uebernahme einer Geschäftsführung durch Mehrere, von denen jeder so vollständig haftet, wie wenn er der einzige Berufene wäre.[d]) Es sind so viele Obligationen als verpflichtete Personen, aber alle haben denselben Gegenstand z. B. Ersatz eines verursachten Schadens; daher haftet jeder dieser Schuldner auf das Ganze, in solidum (im Gegensatz zur Verpflichtung pro parte in dem oben erwähnten ersten Fall), die Leistung indessen geschieht nur einmal, die Leistung eines von ihnen befreit auch die andern Schuldner, da sie den Gegenstand ihrer Verpflichtung hinwegnimmt. Man nennt eine solche Verpflichtung Mehrerer eine solidarische; eben so ist auch eine solidarische Berechtigung möglich,[e]) wobey jeder Gläubiger von dem Schuldner das Ganze fordern kann, dieser aber, da er es nur einmal zu leisten hat, durch die Leistung an den Einen auch von der Forderung des Andern befreit wird.

Eine wahre Mehrheit von Subjecten existirt nur da, wo es ungeachtet der Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern doch nur Eine Obligatio ist, in der sie stehen, als plures rei eiusdem obligationis.[f]) Der Ausdruck correus, welcher wohl zur Bezeichnung eines Subjects im Verhältniß zu dem andern vorkommt,[g]) hat Veranlassung gegeben, eine solche Obligatio Correalobligation zu nennen, Activcorrealobligation bey

---

c) L. 1 §. 4 D. de eo per quem factum erit (2, 10) vgl. mit L. 3 pr. eod. L. 1 C. de cond. furt. (4, 8.)

d) L. 60 §. 2 D. mand. (17, 1) L. 38 D. de adm. tut. (26, 7.)

e) L. 1 §. 44 L. 17 pr. D. depos. (16, 3.)

f) L. 116 D. de V. O. (45, 1) L. 16 pr. D. de acceptil. (46, 4.)

g) L. 3 §. 3 D. de lib. leg. (34, 3.)

einer Mehrheit von Gläubigern, Passivcorrealobligation bey einer Mehrheit von Schuldnern.

Die Correalobligation steht in naher Verwandtschaft mit dem vorhin beschriebenen dritten Fall einer scheinbaren Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern. Sie schließt nämlich ebenfalls eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung in sich; es ist auch hier eine Einheit des Gegenstands, zu dem Mehrere in solidum berechtigt oder verpflichtet sind, so daß er nur einmal zu leisten ist, und die einmalige Leistung die Forderung oder Verbindlichkeit der übrigen Subjecte beseitigt. Aber bey der Correalobligation kommt noch hinzu die Einheit der Obligatio, die bey jenen andern solidarischen Obligationen nicht existirt. Aus dieser Einheit folgt nothwendig jene Einheit des Gegenstands, die bey den übrigen solidarischen Schuldverhältnissen einen äußerlichen Charakter hat, da der Mehrheit von Obligationen vielmehr eine Mehrheit der Gegenstände entsprechen würde.

Die Einheit der Obligatio, als das unterscheidende Merkmal der Correalobligation, hat außer dem was schon aus der Einheit des Gegenstands folgt, noch besondere Folgen, die eben darum nicht bey den übrigen solidarischen Obligationen eintreten. Sie lassen sich unter folgendes Princip zusammenfassen: jeder Gläubiger, jeder Schuldner ist dieses so vollkommen, wie wenn er der einzige wäre, jeder kann mit der Obligatio, zu ihrer Aufhebung oder Modification, vornehmen, was sonst ein einziger, und er wirkt dadurch auf die ganze Obligatio auch für seinen correus.

Die Einheit des Gegenstands, überhaupt des Inhalts der Forderung ist zugleich ein wesentliches Erforderniß der Correalobligation; eine in sich ungleiche Obligatio kann nicht Eine seyn.[h]) Dieß schließt nicht jede Verschiedenheit der Verpflichtung aus, nur daß dadurch nicht die Leistung eine andere

h) L. 9 §. 1. 2 L. 15 D. de duob. reis (45, 2).

werde; so kann die Forderung oder Leistung des Einen durch eine Zahlungsfrist hinausgeschoben, ja sie kann von einer Bedingung abhängig gemacht seyn, während die des Andern von einer solchen Beschränkung frey ist.[i]) Nur darf es nicht eine Bedingung seyn, die den Gegenstand der Forderung selbst verändert, wie es der Fall wäre, wenn der Eine sich unter der Bedingung verpflichtete, daß der Andere nicht zur Zahlung vermocht werden könnte; diese Bedingung verpflichtet ihn zu dem, was von dem Andern nicht erlangt werden kann, also nicht schlechthin zu demselben Gegenstand, zu dem der Andere verpflichtet ist, sie schließt mithin das Daseyn einer Correalobligation aus.[k])

Aber nicht jede Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu demselben Gegenstand begründet eine wahre Correalobligation, denn auch mit einer Mehrheit von Obligationen verträgt sich, wie oben gezeigt worden, das solidarische Verhältniß. Die Correalobligation setzt zu ihrer Entstehung ein Rechtsgeschäft voraus, wodurch Mehrere, gleichzeitig oder successiv, mit dieser Absicht zu Subjecten einer und derselben Obligatio gemacht werden.[l]) Das Rechtsgeschäft kann ein Testament seyn (wenn der Testator mehreren Erben solidarisch ein Vermächtniß auflegt: Titius aut Mevius Sempronio decem dato), oder ein Vertrag. Der Vertrag ist am gewöhnlichsten eine Stipulation,[m]) aber auch die andern Vertragsformen sind an sich geeignet, eine Correalobligation hervorzubringen.[n])

---

i) L. 7. eod.

k) L. 116 D. de V. O. (45, 1.)

l) L. 3 pr. 6 §. 3 D. de duob. reis (45, 2).

m) pr. I. de duob. reis (3, 16).

n) L. 9 pr. D. de duob. reis (45, 2) L. 1 C. eod. (8, 40.) (Die sorgfältigere Unterscheidung der eigentlichen Correalobligation von der bloß solidarischen und untheilbaren ist zuerst durchgeführt von Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen. 1831. R.)

Die Verbindung mehrerer Subjecte kann von doppelter Art seyn, eine gleichmäßige oder eine solche, die ein Accessionsverhältniß in sich schließt. Beides ist sowohl bey der scheinbaren, als bey der wahren Mehrheit von Subjecten, also bey der Correalobligation möglich. Das Accessionsverhältniß besteht darin, daß zu dem principalis creditor oder debitor noch eine accessio, ein Nebengläubiger oder Nebenschuldner hinzukommt. Meistens hat der Hinzutritt accessorischer Subjecte die Sicherung der Obligatio zum Zweck, und da eine Sicherung vornehmlich gegen die auf Seiten des Schuldners liegenden Hindernisse der Realisirung einer Forderung Bedürfniß ist, so ist der häufigste Fall einer accessio die eines Nebenschuldners. Ein Rechtsgeschäft, wodurch eine Verbindlichkeit als Nebenschuldner übernommen wird, um dem Gläubiger in der Haftung dieser Accessio neben dem Hauptschuldner eine Sicherheit für den Fall zu gewähren, daß der Letztere seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen wird, heißt Verbürgung, der Nebenschuldner Bürge.

CCLXIV. Eine accessorische Berechtigung oder Verpflichtung kann vor allem durch Stipulation hervorgebracht werden, indem sich jemand versprechen läßt, was schon ein Anderer zu fordern hat, oder verspricht, was schon ein Anderer schuldet, ohne daß dadurch die Forderung oder Verbindlichkeit dieses Andern aufgehoben werden soll. Durch eine solche Stipulation wird nicht eine neue, von der bestehenden verschiedene Obligatio geschaffen, es wird nur ein neues Subject hinzugefügt, also eine Correalobligation hervorgebracht,[a]) nur mit der Eigenthümlichkeit, daß von den Subjecten einer der prin-

---

a) L. 1 §. 8 D. de O. et A. (44, 7): — qui eadem obligatione teneantur —. So kann umgekehrt eine Correalobligation mit an sich gleichmäßiger Verbindung der Subjecte als eine Verbürgung eines jeden für den andern aufgefaßt werden. L. 11 pr. de duob. reis (45, 2).

cipalis creditor oder debitor, der andere die accessio ist.[b]) Eine allgemeine Folge dieser Eigenthümlichkeit ist, daß die Ungültigkeit der principalis obligatio auch die der accessio nach sich zieht,[c]) ausgenommen wenn die erstere bloß deswegen unwirksam ist, weil sie auf die Zeit nach dem Tod des principalis creditor oder debitor gestellt wurde.[d]) Ferner die accessorische Obligatio kann weniger aber nicht mehr enthalten, als die principale, die accessio kann nicht auf eine größere Summe, nicht auf eine frühere Zeit, auf einen andern Ort, nicht ohne die Bedingung, welche der Hauptobligatio gesetzt ist, berechtigt oder verpflichtet werden.[e])

Eine accessorische Berechtigung durch Stipulation ist die des adstipulator.[f]) Der Gläubiger konnte das, was er stipulirt hatte, von einem Andern ebenfalls stipuliren lassen, diesen also durch diese Adstipulation Nebengläubiger werden lassen, damit dieser die Forderung geltend machen, und ihm das Empfangene herausgeben möchte, wenn er selbst etwa verhindert seyn sollte, die Forderung auszuüben. Dieses Rechtsgeschäft ist vielleicht ursprünglich durch die Beschränkung der Repräsentation im Proceß (Bd. II §. 156) hervorgerufen worden, da der Adstipulator, der ja selbst Gläubiger war, gegen den Schuldner klagen konnte, wo er als bloßer Bevollmächtigter des Stipulators nicht zugelassen worden wäre. Wo ein Auftrag zur Klage nicht zugelassen wurde, da konnte doch einem Auftrag zur accessorischen Stipulation, wodurch der Beauftragte die Forderung selbst erwarb, kein Hinderniß entgegen-

---

b) Gai. III. 126.

c) Nach der Regel: cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent L. 177 D. de R. I. (50, 17.) So z. B. L. 16 §. 3. 4 D. de fideiuss. (46, 1) Gai. III. 119.

d) Gai. III. 100 vgl. 117. 119.

e) Gai. III. 113. 126: — nec plus in accessione esse potest, quam in principali re. L. 8 §. 7—11 L. 9. 16 §. 1. 2. 5 D. de fideiuss. (46, 1.)

f) Gai. III. 110—114.

gestellt werden.[g]) Zu Gaius Zeit aber wurde die Adstipulatio fast allein dann gebraucht, wenn der Schuldner dem Hauptgläubiger nach dessen Tod zu leisten versprach; aus dieser stipulatio post mortem entstand für den Stipulator und seine Erben keine Forderung, der Adstipulator aber, dem nach dem Tod des Stipulators versprochen war, konnte nach dem Eintritt dieses Ereignisses die Schuld einklagen.[h]) Darin liegt zugleich der Grund, warum die Adstipulatio im justinianischen Recht nicht mehr erwähnt wird; die stipulatio post mortem war von Justinian für gültig erklärt worden,[i]) und damit jene Veranlassung weggefallen.

Der Adstipulator ist vollkommen Gläubiger dem Schuldner gegenüber, aber er hat von dem Gebrauch seines Rechts dem Stipulator, auf dessen Auftrag er adstipulirt hat, und dessen Erben Rechenschaft zu geben. Die actio mandati findet gegen ihn Statt, auf Herausgabe dessen was er, und auf Ersatz dessen was er durch seine Schuld nicht erhalten hat.[k]) Hat er den Schuldner durch eine positive Handlung der Schuld entlassen, so ist er der actio legis aquiliae (§. 277) unterworfen, die im Fall des Leugnens auf das Doppelte geht.[l]) Die Ad=

---

g) Cicero (pro Quinct. 18) erwähnt den adstipulator beim Vadimonium. Aus einer solchen Anwendung scheint sich auch das Beispiel herzuschreiben, welches Gaius (III. 112) für die Möglichkeit des Gebrauchs anderer Worte bey der Adstipulation giebt: einen Sponsor des Stipulators könne der Adstipulator auch so verpflichten: idem fide tua promittis, oder idem fide iubes? (Vgl. Bd. II §. 156 Note c. R.)

h) Gai. III. 117.

i) L. un. C. ut actiones ab hered. (4, 11.) (Vgl. die treffliche Erörterung von v. Scheurl Beitr. [1852] No. 3. R.)

k) Gai. III. 117. Die Unwirksamkeit eines erst nach dem Tod des Mandanten zu vollziehenden Auftrags (Gai. III. 158) stand nicht entgegen, da der obige Auftrag schon durch die Adstipulation selbst vollzogen ist.

l) Gai. III. 215. 216. Auch diese besondere Berücksichtigung der Adstipulation in der Lex Aquilia deutet darauf hin, daß ihr Gebrauch und Zweck einst ein viel wichtigerer und umfassenderer war, als der von Gaius für seine Zeit angegebene. (Vgl. §. 277 z. R.)

leitung des Rechts des Adstipulators aus einem Auftrag bewirkt, daß es mit dem Tod des Adstipulators untergeht, daß ferner der in fremder Gewalt stehende Adstipulator die Forderung nicht dem Gewalthaber erwirbt, so wenig als dieser aus einem an jenen gegebenen Mandat Procurator wird. Die Adstipulation eines Sclaven ist ganz unwirksam, die eines Freien in fremder Gewalt tritt dadurch in Wirksamkeit, daß er ohne Capitis Deminutio gewaltfrey wird.

Adpromissores heißen die, welche eine fremde Obligatio als accessorische Schuldner durch Stipulation übernehmen.[m]) Der Adpromissor wird zu derselben Leistung, die dem Hauptschuldner obliegt, verpflichtet, entweder durch die Formel idem dare spondes? oder idem fidepromittis? oder id fide tua esse iubes? Im ersten Fall heißt er sponsor, im zweiten fidepromissor, im dritten fideiussor.[n]) Die letzte Form der Verbürgung ist überall möglich, wo nur eine Hauptobligation existirt, mag sie beruhen auf welchem obligatorischen Grund sie wolle, und welcher Grad von Wirksamkeit ihr zukommen möge, wenn sie nur nicht eine gänzlich nichtige und unwirksame ist.[o]) Die beiden ersten Formen aber setzen voraus, daß der Hauptschuldner selbst durch verba obligirt sey;[p]) ist also seine Promissio als solche unwirksam, so ist es auch die Adpromissio des Sponsor oder Fidepromissor, wenngleich ein anderer hinzutretender Grund der Obligirung des Hauptschuldners dennoch eine Wirksamkeit verschaffen sollte. Nur in zwey Fällen, die nach diesem Princip entschieden werden müßten, ist eine

---

m) L. 5 §. 2 D. de V. O. (45, 1) L. 43 D. de solut. (46, 3) L. 64 §. 4 D. sol. matr. (24, 3) Paul. Diac. ex Festo v. adpromissor.

n) Gai. III. 115. 116. Paul. sent. I. 9. 5.

o) L. 1 D. de fideiuss. (46, 1.) Auch für eine künftige Obligatio ist die Fidejussio möglich L. 6 §. 2 eod.

p) Bey dem Sponsor mußte er wohl insonderheit selbst durch eine auf spondes, spondeo gefaßte Stipulation obligirt seyn, bey der Fidepromission war die Formel der Hauptstipulation gleichgültig.

Ausnahme gemacht: wenn der Hauptschuldner post mortem (s. oben), und wenn ein Pupill ohne auctoritas tutoris promittirt hat.[q]) Auch in Beziehung auf die Wirkungen der Bürgschaft ist ein erheblicher Unterschied zwischen der Sponsio und Fidepromissio auf der einen, und der Fidejussio auf der andern Seite,[r]) darum entstand die Frage, wie eine Adpromissio mit den Formeln: idem dabis? idem promittis? idem facies? zu beurtheilen sey, eine Frage, die Gaius (III. 116) aufwirft, ohne sie zu beantworten. Sie war wohl dahin zu entscheiden, daß solche Adpromissoren einen Promissor voraussetzten, also für eine auf anderem Grund beruhende Obligatio unwirksam, und in dieser Beziehung mithin den Sponsoren und Fidepromissoren gleichzustellen waren, daß man aber die besonderen Vorrechte dieser Bürgen, eben weil sie nur den wahren Sponsoren und Fidepromissoren gegeben sind, für jene nicht in Anspruch nehmen konnte.

Die Haftung der Sponsoren und Fidepromissoren ist nur eine zeitige, sie ist vor allem eingeschränkt auf die Lebenszeit des Bürgen, nach der Lex Furia aber überhaupt auf zwey Jahre. Nach der Lex Apuleia sollen mehrere Bürgen dieser Art unter sich wie socii behandelt werden; hat einer die ganze Schuld bezahlt, so kann er von den übrigen die sie treffenden Antheile fordern. Dieses beneficium legis apuleiae hat die Lex Furia für Italien außer Anwendung gesetzt, indem sie die solidarische Haftung mehrerer Sponsores und Fidepromissores aufhebt, und jeden einzelnen auch gegenüber dem Gläubiger nur auf den ihn nach der Zahl der Mitbürgen treffenden Theil verpflichtet; jenes Gesetz blieb von da an nur noch außerhalb Italien wirksam. Außerdem hat ein Gesetz dem Gläubiger noch die Pflicht auferlegt, dem sponsor oder fidepromissor, den er annimmt, zum Voraus kund zu thun, für welche Schuld die Bürgschaft geleistet worden, und wie viele Mitbürgen er

---

q) Gai. III. 119. *r*) Gai. III. 120–123.

haben soll. Die Versäumung dieser Prädiction macht die Bürgen frey, wenn sie innerhalb dreißig Tagen auf ein Präjudicium über diese Thatsache antragen, und darin einen Richterspruch, daß jene Vorschrift nicht beobachtet worden sey, erlangen.[s])

Für die Fidejussoren ist es hinsichtlich aller dieser Punkte (von Dauer der Verpflichtung, der solidarischen Haftung, des Verhältnisses zu Mitbürgen ꝛc.) bey dem regelmäßigen Recht geblieben. Doch ist mehreren Fidejussoren auf indirectem Wege eine Hülfe gegeben worden, deren Erfolg dem gesetzlichen der Apuleia und Furia unter Umständen gleichkommen kann. Wenn einer von ihnen auf das Ganze angegangen wird, so kann er sich vor der Zahlung die Klage, die eben so auch gegen seine Mitbürgen zuläßig ist, cediren lassen, so daß dann seine Zahlung wie ein Kauf der Forderung behandelt wird, und er von

---

s) (Gai. III. 123 Schol. Bob. in orat. in Clod. et Curionem c. 4. [Accesserunt ita pauci, ut eum non ad concionem, sed sponsum diceres advocasse.] Aere alieno gravatum supra dixerat Clodium. verum hic volens eius perfidiam denotare, ait: non aliter paucos ad rostra venisse quam si convocasset eos, qui pro se sponderent. multos enim fefellerat, cum periculo sponsionis adstringeret. c. 5 [cuius satisdationes semper dicuntur induci.] Satisdationes dicit rescindi sententia praetoris .. et hoc in loco significat viros, qui stulte timerent pro Clodio mutuante pecuniam spondere, cum saepenumero experti sint, multos sponsores eius hoc nexu liberatos cum se circumventos illius fraude docuissent. Der Zweck des Gesetzes war nämlich jedem Mitbürgen eine klare Uebersicht des Maßes seiner Verpflichtung zu verschaffen. Da er nach der Lex Furia nur theilweise haftete, so erreichte man dies durch bloße Benennung der Summe und der Zahl der Mitverpflichteten. Nur sollte sie öffentlich [palam] geschehen, dies erklärt Ulpian in L. 33 D. de V. S. 50, 16, die nach der Inscription hierher gehört: coram pluribus. Der Name des Gesetzes scheint — wie jetzt auch Huschke annimmt — nach den Zügen der Handschrift des Gaius und der Zusammenstellung mit der Lex Cornelia [Note v]: Lex Pompeia, die Zeit das Jahr 666, der Anfang des Bürgerkrieges, zu sein, in welchem die Consuln Q. Pompeius Rufus und L. Cornelius Sulla auch die so genannte unciaria lex über das Schuldenwesen [Festus s. v.] erließen. R.)

jenen die sie treffenden Antheile einklagen kann.[t]) Nach einer epistola Hadriani ferner braucht er, die Solvenz der übrigen vorausgesetzt, nicht einmal das Ganze zu bezahlen. Er kann eine Theilung verlangen, und mit Zahlung seines Theils den Gläubiger wegen des Ueberschusses an die übrigen Bürgen verweisen."[u]) Diese exceptio divisionis ist auch den Sponsoren und Fidepromissoren in den Theilen des Reichs, worin die Lex Furia nicht gilt, gegeben worden. Eine Beschränkung aller dieser Bürgschaftsformen endlich hat eine Lex Cornelia eingeführt. Niemand soll sich für denselben Schuldner bey demselben Gläubiger in demselben Jahr für eine größere unbedingte Schuld als 20000 Sesterze verbürgen können.[v]) Das Gesetz läßt einige Ausnahmen zu: für eine versprochene Dos, für eine testamentarische Verbindlichkeit, bey einer vom Richter auferlegten Caution; außerdem mußte man sich bey einer größern Schuld durch Theilung, und Annahme mehrerer Bürgen je für einzelne Theile derselben helfen.

Gemeinschaftlich allen Formen der Bürgschaft ist der Regreß gegen den Hauptschuldner, wenn der Bürge für ihn gezahlt hat. Dem Bürgen steht deshalb die actio mandati zu, wenn er mit dem Willen des Hauptschuldners sich verbürgt hat,[w]) er kann aber auch von dem Gläubiger die Cession seiner Klage gegen jenen (wie gegen die etwanigen Mitbürgen) verlangen.[x]) Der sponsor hat aber noch eine Klage aus der Lex

---

t) L. 17. 36. 39 D. de fideiuss. (46, 1.)

u) Gai. III. 121. 122. L. 26. 27. 51 D. de fideiuss. (46, 1.)

v) Gai. III. 124. 125. (Aus §. 124 ist die Definition von res credita bei Isidor 5, 25 und pecunia in L. 2 §. 1 in fin. C. de const. pec. 4, 18 genommen. Diese Summe war vielleicht auch in der Lex Sulpicia aus demselben Jahre gemeint, nach welcher kein Senator über 2000 Drachmen (20000 Asse) Schulden haben sollte: Plutarch. Sulla c. 8, der hier Asse und Sesterze verwechselt haben mag. R.)

w) L. 6 §. 2 L. 10 §. 11—13 L. 11. 12. 18. 29. 38 §. 1 D. mand. (17, 1.)

x) L. 27 §. 5 L. 28 eod. L. 14 C. de fideiuss. (8, 41.)

Publilia, die actio depensi, die, wenn der Schuldner ihm nicht innerhalb sechs Monaten Ersatz leistet, auf das Doppelte geht.[y])

Im justinianischen Recht ist die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Stipulationsbürgen aufgehoben, alle Bürgen durch Stipulation werden wie fideiussores behandelt.[z]) Die auf jene Unterscheidung sich beziehenden Gesetze: apuleia, furia, publilia sind antiquirt, aber auch das beneficium legis corneliae ist weggefallen. Es werden noch drey beneficia der Bürgen anerkannt: das beneficium cedendarum actionum (der Klagen gegen die Mitbürgen und den Hauptschuldner) — das beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani, welches nach und nach auch auf die meisten andern solidarisch Verpflichteten ausgedehnt worden ist — das erst von Justinian eingeführte s. g. beneficium excussionis s. ordinis, wonach der Bürge fordern kann, daß der Gläubiger erst den (solventen und gegenwärtigen oder von den Bürgen herbeizuschaffenden) Hauptschuldner angreife und ausklage.[aa])

CCLXV. Eine Verbürgung d. h. die Verpflichtung für eine fremde Schuld zur Sicherheit des Gläubigers, läßt sich denken, ohne daß eine Identität der Verbindlichkeit des Schuldners und des Bürgen eintritt, also ohne Correalobligation (§. 263 a. E.). Dieß ist der Fall, wenn die Haftung für die fremde Schuld sich aus einem Mandat ableitet, das der Haf-

---

y) Gai. III. 127. IV. 22 vgl. Bd. II §. 157. S. 65 f. §. 162 S. 98. (Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 355—364. R.)

z) Inst. III. 20.

aa) Nov. 4 cap. 1. Justinian behauptet, schon Papinian habe einen solchen Satz, wenigstens theilweise, aufgestellt. Möglicherweise könnte dieß ein Mißverständniß eines ganz anderen Falls seyn, nämlich wo der Bürge nicht die Obligatio des Hauptschuldners übernommen, also sich zum Correalschuldner gemacht hat, sondern sich nur für das ausdrücklich verpflichtet hat, was der Gläubiger von dem Schuldner nicht würde erlangen können (s. g. fideiussor indemnitatis) L. 116 D. de V. O. (45, 1.)

tende dem Gläubiger gegeben hat z. B. daß er creditire, oder daß er dem Schuldner Nachsicht gebe; der Mandator haftet wie ein anderer Auftraggeber für den Nachtheil, der dem Mandatar durch den vollzogenen Auftrag zugefügt wird.[a]) Das beneficium divisionis ist auch mehreren Mandatoren gegeben worden;[b]) daß der Gläubiger seine Befriedigung vorher von dem Schuldner zu suchen hat, liegt schon in der Natur dieser Verbürgung (wie bey dem fideiussor indemnitatis §. 264 Note aa); das beneficium cedendarum actionum hat bey dem Mandator weniger Schwierigkeit als bey dem Stipulationsbürgen. Die Litiscontestation mit diesem, als einem Correalschuldner, befreite die übrigen (Mitbürgen und Schuldner) nach vorjustinianischem Recht,[c]) der Bürge mußte daher, wenn er die Klage vom Gläubiger gegen Zahlung sich verschaffen wollte, es nicht zum Proceß kommen lassen. Wenn dagegen der Mandator von dem Gläubiger belangt wird, so wird nicht die Obligatio des Schuldners, sondern eine davon ganz verschiedene in iudicium deducirt, die Klage gegen den Schuldner und andere Bürgen wird dadurch nicht consumirt, der belangte Mandator kann ihre Cession noch vor und nach dem Urtheil (da auch dieses den Schuldner hier nicht befreit),[d]) ja sogar noch nach der Zahlung verlangen, da er mit dieser seine Schuld aus dem Mandat, nicht die des Hauptschuldners getilgt hat.[e]) Noch eine Verbürgungsform ist durch den prätorischen Rechtssatz entstanden, daß eine Uebereinkunft klagbar seyn soll, wodurch jemand eine bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen verspricht (constitutum); diese Verbindlichkeit braucht nicht die eigene des Constituenten, sie kann eine fremde, und das Versprechen daher eine Verbürgung seyn.

---

a) L. 6 §. 4 L. 12 §. 12 D. mand. (17, 1.)

b) Nov. 99.

c) Aufgehoben durch L. 28 C. de fideiuss. (8, 41.)

d) Vgl. L. 42 §. 3 D. de iureiur. (12,2) L. 52 §. 3 D. de fideiuss. (46, 1.) *e*) L. 41 §. 1 eod. L. 27 §. 5 L. 28 D. mand. (17, 1.)

Alle diese Fälle, die wir unter dem Namen der Verbürgung zusammenfassen: adpromissio, mandatum, constitutum, reihen sich unter einen höheren, allgemeineren Begriff, der noch andere Fälle einschließt, den Begriff der Uebernahme einer fremden Schuld, Intercession. Die Intercession ist ein materieller Begriff, auch solche Rechtsgeschäfte können darunter fallen, bey denen formell nicht eine fremde Obligatio übernommen wird, wenn nur dem Inhalt und dem Effect nach dieser Charakter ihnen zukommt. So übernimmt der, welcher seine Sache für eine fremde Schuld verpfändet, keine Obligatio, er obligirt nicht sich, sondern seine Sache, dennoch ist es Intercession, da für ihn der Sache nach das Rechtsgeschäft denselben Erfolg hat;[f]) wer ferner für einen Andern ein Darlehn aufnimmt, übernimmt eine neue Obligatio, nicht die schon bestehende Schuld eines Andern, dessenungeachtet intercedirt er so gut als wenn der Andere das Darlehn selbst aufgenommen, und er sich förmlich für ihn verbürgt hätte;[g]) so kann man endlich von dem Mandator formell betrachtet nicht sagen, daß er eine fremde Obligatio übernehme, da die seinige, in der er für die dem Mandatar nachtheiligen Folgen seines Auftrags haftet, eine ganz besondere ist, aber da der Nachtheil, für den er haftet, eben in der Inexigibilität der fremden Schuld besteht, so hat er materiell in der That diese übernommen.

Umgekehrt fallen manche Rechtsfälle, bey denen formell eine Obligatio übernommen wird, nicht unter den materiellen Begriff der Intercession. Wenn es sich um eine Verbindlichkeit handelt, die schon aus einem andern Grund den scheinbaren Intercedenten trifft, sey es dadurch, daß er den Schuldner beerbt hat,[h]) oder daß dieser, wenn er zahlen müßte, den Regreß gegen ihn nehmen würde,[i]) überhaupt wenn er der That

f) L. 8 pr. D. ad S. C. vellei. (16, 1.)

g) L. 2 §. 1. 4 L. 8 §. 14 D. eod.

h) L. 95 §. 2 D. de solut. (46, 3.)

i) L. 3 L. 13 pr. D. ad S. C. vellei. (16, 1.)

nach in rem suam obligirt wird,[k]) so mag das Geschäft die Form der Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit haben, es ist doch keine Intercession.

Endlich setzt die Intercession, ihrer vorhin bemerkten Unabhängigkeit von der formellen Uebernahme einer fremden Obligatio ungeachtet, doch immer directe oder indirecte Uebernahme einer Haftung voraus. Daher ist keine Intercession die bloße Zahlung einer fremden Schuld, und der Verzicht auf ein Pfandrecht zum Vortheil eines andern Gläubigers.[l])

Die Intercession giebt den Geschäften, die darunter fallen, einen Charakter, der es bedenklich macht, sie in Beziehung auf die Fähigkeit der Personen, sich dadurch zu verpflichten, den andern Verpflichtungsgeschäften vollkommen gleichzustellen. Zwey Punkte gehören dahin, einmal, daß der Intercedent als solcher über den Kreis seiner eigenen Angelegenheiten hinausgeht und in fremde eingreift, sodann, daß Personen gutmüthiger, leicht beweglicher Natur der Verleitung zu solchen Geschäften, deren gefährliche Folgen einer ungewissen Zukunft angehören, besonders unterliegen. In beiden Rücksichten konnte die Rechtsansicht sich bilden, den Frauenspersonen den Zutritt zu diesen Handlungen zu untersagen. Die Hervorhebung der ersten Rücksicht, die übrigens noch mehrfach auch bey den römischen Juristen erwähnt wird,[m]) war dem Charakter des älteren Rechts und der alten ungetrübten Sitte angemessen.[n]) Ohne Zweifel war es von Alters her angenommen, daß die

---

k) L. 22 eod. *l*) L. 4 §. 1 L. 5. 8 pr. D. eod.

m) L. 1 §. 1 D. eod. L. 2 pr. D. de R. I. (50, 17): Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores exsistere.

n) Auch im S. C. velleianum wird dieß als Grund der älteren Beschränkung angegeben: — tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum — L. 2 §. 1 D. ad S. C. vell. (16, 1.)

Betheiligung einer Frau an fremden Processen auch als Proceßbürgin unzuläßig sey, nicht weniger als Advocatur, Procuratur und Defensio. Aber auch eine nichtprocessualische Intercession durfte als unweibliche Einmischung in fremde Angelegenheiten betrachtet, und so eine Beschränkung der Frauen nahezu in demselben Umfang angenommen werden, wie später der Senat sie feststellte.[o]) Von dem älteren Princip aus konnte aber die Beschränkung in einem und zwar dem gewöhnlichen Fall unpassend erscheinen, nämlich wenn die Frau für ihren Ehemann intercedirte. Dieß ließ sich nicht so schlechthin als unberufenes Eindringen in fremde Geschäftskreise bezeichnen, und wenn in Beziehung auf die Proceßbürgschaften auch hier das Princip sich noch mächtig genug erwies, so mochte doch vielleicht in den letzten Zeiten der freien Republik eine Ansicht, unterstützt durch das Abstumpfen des Gefühls für alte Sitte, herrschend werden, welche solchen Intercessionen Gültigkeit zuschrieb. So sind wahrscheinlich die Edicte von August und Claudius zu erklären, welche die Intercessionen den Frauen gerade für ihre Männer verboten.[p]) Von dem Standpunkt jener zweiten Rücksicht: auf die unbedachte Nachgiebigkeit gegen Zumuthungen, deren nachtheilige Folgen sich als ein nie im Ernst zu befürchtendes Ereigniß darstellen lassen — von dem Standpunkt einer bevormundenden und schirmenden Rücksicht, welcher die römische Gesetzgebung um jene Zeit überhaupt einen größeren Einfluß zu gestatten angefangen hatte, mußte gerade dieser Fall, wo der weiblichen Unbedachtsamkeit noch überdieß die Einwirkung des Ehemanns gegenübertritt, doppelt bedenklich erscheinen, zumal das alte Institut der tutela mulierum schon vielfältig geschwächt war. Diese moderne Richtung des Schutzes der Frauen gegen die Schwäche

---

o) S. die Berufung auf die ältere Praxis in den Gesetzesworten selbst Note n.

p) L. 2 pr. D. eod.

ihres Geschlechts liegt dann auch dem durch den Senat gegebenen vellejanischen Gesetz, welches unter Berufung auf das frühere Recht die Intercessionen der Frauen überhaupt, in dem ganzen oben dargestellten Umfang, für unwirksam erklärte, vornehmlich zu Grunde.[q]) Das Gesetz ist von den Consuln M. Silanus und Velleius Tutor an den Senat gebracht, von dem letzteren hat es den Namen S. C. velleianum erhalten. Die Zeit desselben ist nicht genau zu bestimmen,[r]) wahrscheinlich ist es nicht sehr lange nach der Lex Claudia gegeben, welche die Tutel der Agnaten über die Frauen aufhob, und durch diese Vergrößerung ihrer Selbstständigkeit das Bedürfniß eines gesetzlichen Schutzes gegen eine natürliche Unselbstständigkeit vermehrte.

Mit dem veränderten Princip hängt es zusammen, daß das Senatusconsultum und das auf seinem Grund entwickelte Recht nicht die formelle Seite der Geschäfte, um die es sich handelte, sondern die materielle (wie sie eben als Begriff der Intercession dargestellt worden ist) hervorhob und als maßgebend behandelte. Es schloß daher die Geschäfte von seinem Verbot aus, die, wenn auch formell Verbürgungen, doch materiell keine Intercessionen sind (Note h. i. k). Aber auch die übrigen Ausnahmen von der Ungültigkeit der weiblichen Intercessionen lassen sich nur auf das neue Princip zurückführen. Daß das S. C. cessirt, wenn die Intercedentin einen Preis für ihre Intercession erhalten, wenn sie sich eines Betrugs gegen den Gläubiger schuldig gemacht, wenn sie die Inter-

---

q) Ulpian. L. 2 §. 2 D. eod.: Verba itaque senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem, multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis. L. 4 §. 1 D. eod.: — — senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

r) Gewöhnlich wird es in das sechste Jahr der Regierung des Claudius 799 u. (46 p. C.) gesetzt, in welchem ein M. Junius Silanus Consul war; der Name des andern Consuls kommt in den Fasten nicht vor.

cession nach Ablauf von zwey Jahren wiederholt, wenn sie dieser Rechtshülfe entsagt hat (was unter andern gerade bey der Uebernahme eines fremden Processes erwähnt wird, wo das ältere Princip am wenigsten eine Ausnahme zugelassen haben würde) u. s. f., würde von dem Standpunkt des Gefühls, daß officia civilia den Frauen nicht geziemen, unerklärlich seyn, dem Charakter einer schirmenden Hülfe, einer Rechtswohlthat,[s]) entspricht es vollkommen.

Justinian hat die Wirksamkeit der intercessiones mulierum in den eben erwähnten Ausnahmsfällen noch überdieß von der Beobachtung einer gewissen Form, nämlich der Abfassung einer gerichtlichen oder von drey Zeugen unterschriebenen Urkunde abhängig gemacht, wovon er nur den Fall der erkauften Intercession dispensirt.[t]) Sodann hat er später noch den Fall der Intercession einer Frau für ihren Ehemann besonders hervorgehoben. Hier sollen jene Ausnahmen des Senatusconsults keine Wirkung haben, und auch die Fassung des Geschäfts als selbstständiger Verpflichtung der Frau (wenn die Frau als Mitschuldnerin des Mannes z. B. als Mitempfängerin des Darlehns sich bekannt hat) soll den Gläubiger, der sie belangt, nicht des Beweises überheben, daß sie nicht bloß den Worten, sondern der That nach Hauptschuldnerin geworden sey.[u])

CCLXVI. Es giebt noch eine Art accessorischer Schuldner,[a]) die es nicht durch einen diese Absicht voraussetzenden Act, sondern durch einen Umstand werden, dem das Recht, unabhängig von dem darauf gerichteten Willen der Person

---

s) Senatusconsulti beneficium L. 24 §. 2 D. eod.

t) L. 23 C. eod. (4, 29.)

u) Nov. 134 c. 8. Den Inhalt dieses Gesetzes pflegt man als Authentica Si qua mulier zu bezeichnen, von einem Auszug, den ein Glossator daraus zu dem das S. C. betreffenden Titel des Codex gemacht hat.

a) L. 91 §. 5 D. de V. O. (45, 1): — filius familias qui iussu patris promisit — quasi accessionem intelligens eum qui iubeat.

jene Wirkung beilegt. Dieß sind die, welche aus den Geschäften Anderer haften und belangt werden können: der Herr aus den Contracten des Sclaven, der Vater aus denen des Sohns, der Dominus aus denen des Bevollmächtigten. Diese Haftung aber ist keine durchgängige, sie hängt noch von besonderen Voraussetzungen ab.[b])

Die Gewalt für sich allein ist kein Grund der Verpflichtung des Gewalthabers aus den Geschäften des Unterworfenen. Es muß noch ein weiterer Umstand hinzukommen, den das prätorische Recht mit der Wirkung einer Klage gegen jenen bekleidet hat.[c]) Das prätorische Edict giebt die Klage aus dem Geschäft des Sclaven oder Sohns gegen den Vater oder Herrn mit dem Zusatz quod iussu, wenn das Geschäft auf seinen Befehl geschlossen ist. Ein solches Geschäft kann gewissermaßen als ein vom Gewalthaber geschlossenes, der sich des Unterworfenen nur wie eines Werkzeugs bedient hat, betrachtet werden. Hätte freilich der Gewalthaber das Geschäft wirklich selbst geschlossen, so daß der Sclave oder Sohn nur unterstützend dabey thätig geworden wäre (z. B. durch Uebernahme der dem Gewalthaber dargeliehenen Summe), so würde der letztere nicht accessio, sondern der alleinige Schuldner seyn, und mit der directen Klage, nicht mit der actio quod iussu belangt werden können.[d]) Jenes prätorische Recht ist im Interesse der Accessiones selbst eingeführt, sofern diese, indem es gegen sie eine Klage gewährt, in den Stand gesetzt werden, sich durch ihre Sclaven und Söhne in ihren Geschäften vertreten zu lassen; der Prätor unterstützte dadurch den Gebrauch, den die Römer namentlich von ihren Sclaven in ihrem Verkehr machten. Nun ergaben sich aber bey der Zunahme des Handels

---

b) Inst. IV. 7. Gai. IV. 69—74.

c) Für diesen Umstand hat man den Ausdruck adiecticia qualitas erfunden, und daher die folgenden prätorischen Klagen actiones adiecticiae qualitatis genannt.

d) L. 5 pr. D. quod iussu (15, 4).

Verhältnisse, in denen jene Klage nicht ausreichte. Wenn jemand Rhederey trieb (exercitor navis), und seinem Sclaven oder Sohn die Leitung des Frachtgeschäfts mit dem Schiff übertrug, ihn zum Schiffer, magister navis machte, oder wenn er ihn einem sonstigen Gewerb oder einer Handlung als Geschäftsführer, institor, vorsetzte, so ließ sich dieß auch nicht denken, wenn er aus den Geschäften, die sie in jener Eigenschaft einzugehen haben (Befrachtungsverträgen, Bestellungen, Lieferungscontracten u. s. f.), nicht verpflichtet wurde. Hätte der Befrachter, der Besteller u. s. f. nur in einem besondern Befehl des Herrn oder Vaters seine Sicherheit finden können, so würden dadurch solche Unternehmungen sehr gelähmt worden seyn; ja diese Wirkung würde sich für den ganzen Schiffahrts- und Handelsverkehr geäußert haben, da die Interessenten besonders im ersten Fall häufig nicht im Stande waren, die persönliche Stellung des an der Spitze eines Gewerbs Stehenden zu erkunden.[e]) Es war daher ein dringendes Bedürfniß, daß der Prätor schon die Anstellung eines solchen Schiffs- und Geschäftsführers für einen ausreichenden Grund der Verpflichtung des Anstellers aus den Geschäften erklärte, die jener in seiner Eigenschaft als magister oder institor und seiner Vollmacht (lex praepositionis) nicht entgegen geschlossen hat. Die Klage aus dem Geschäft erhält gegen den Rheder oder Geschäftsherrn den Zusatz exercitoria oder institoria.

In allen diesen Fällen haftet der Gewalthaber in solidum, auf den ganzen Gegenstand der Klage. In einigen andern dagegen ist eine Schranke gesetzt, die in der Beschaffenheit des verpflichtenden Grundes liegt. Einer dieser Fälle gehört ebenfalls dem Handelsrecht an. Wenn der Sclave oder Sohn nicht als Geschäftsführer, sondern für sich mit dem ihm verliehenen Peculium, jedoch mit dem Willen des Gewalthabers,

---

e) L. 1 pr. D. de exerc. (14, 1): — cum interdum ignari, cuius sint conditionis et quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus —.

ein Handelsgewerb treibt, so haben die Handelsgläubiger (deren Forderungen also eine Beziehung auf das Handelsgeschäft haben) Anspruch auf eine Befriedigung aus dem Theil des Peculiums, der zu diesem Gewerb bestimmt war (Vorräthe, Waaren, Ladeneinrichtung 2c.). Der Herr oder Vater hat ihre Befriedigung aus dem Werth dieser Sachen, soweit sie reichen, zu leiten; die Befriedigung geschieht wie bey einem Concurs, also im Fall der Insufficienz an alle jene Gläubiger pro rata; mit ihnen kann in demselben Verhältniß auch der Gewalthaber participiren, wenn ihm der Unterworfene etwas schuldig geworden ist, sey es ebenfalls in dem Handelsgeschäft oder sonst.[f]) Erhält ein Gläubiger weniger, als er nach diesen Grundsätzen ansprechen kann, so hat er gegen den Gewalthaber die actio tributoria auf das ihm Gebührende. Allgemeinerer Anwendung sind die beiden folgenden Fälle. Der Herr pflegt dem Sclaven etwas zu geben oder zu überlassen, was zwar rechtlich nicht aus dem Vermögen des Herrn herausgeht, factisch aber wie ein besonderes Vermögen von dem Sclaven besessen und verwaltet werden soll, damit dieser seine Bedürfnisse damit bestreite und es durch seine Thätigkeit erhalte und vermehre. Ein solches Gut heißt peculium; dasselbe kommt auch bey Personen vor, die in väterlicher Gewalt stehen. Die Gläubiger können das Peculium als Befriedigungsobject in Anspruch nehmen, und haben deshalb die actio de peculio gegen den Gewalthaber. Auch die actio tributoria geht auf Befriedigung aus dem Peculium, nur nicht auf das ganze, sondern auf die merx peculiaris; hiernach möchte es scheinen als ob sie neben der actio de peculio überflüssig wäre. Aber sie hat in ihrer Beschränkung auf der andern Seite den doppelten Vorzug, daß während bey der aestimatio peculii das dem Gewalthaber von dem Unterworfenen Geschuldete vorweg abgezogen, also das peculium selbst dadurch (so gut als durch reelle Wegnahme)

f) L. 5 §. 7 D. de tributoria (14, 4).

vermindert wird, dort der Gewalthaber mit den Gläubigern auf gleichem Fuße steht, sodann, daß die Handelsgläubiger, wenn sie zu jener Klage greifen, die übrigen Gläubiger von der merx peculiaris ausschließen und auf das übrige Peculium verweisen. Was nun wieder das Peculium überhaupt anlangt, so giebt es noch einen letzten Verpflichtungsgrund, der wenn er dem Gläubiger das Seinige zu verschaffen vermag, die Peculienfrage unnöthig macht. Wenn nämlich die von dem Sclaven oder Sohn contrahirte Schuld dem Vermögen des Gewalthabers (abgesehen vom Peculium) zu Gute gekommen, z. B. ein Gläubiger dadurch befriedigt, der Haushalt damit bestritten, eine Reparatur ꝛc. damit besorgt worden ist: si id quod debetur, in rem patris dominive versum sit, so ist es gerecht, daß der Gewalthaber in so weit von dem Gläubiger belangt werden kann, wie wenn er mit ihm contrahirt hätte.[g]) Diese actio de in rem verso und die actio de peculio werden mit einander verbunden; der Richter untersucht vor allem, ob und wie viel der Beklagte wegen des in rem versum schuldet, erst wenn der Gläubiger aus diesem Grund seine Befriedigung nicht vollständig erhält, ist auf das Peculium überzugehen.

Von den bisher genannten Klagen sind zwey, die actio exercitoria und institoria auch außer dem Fall eines Gewaltverhältnisses, also gegen den gegeben, der eine nicht in seiner Gewalt stehende Person als magister oder institor bestellt hat. Die andern setzen durchaus einen principalen Schuldner voraus, der in der Gewalt des accessorischen sich befindet, oder zur Zeit der Entstehung der Obligatio sich befand. Indessen hat sich das Recht dahin entwickelt, daß überhaupt die Vollmacht, vermöge deren jemand eine Schuld im Interesse eines Andern contrahirt hat, als Grund einer accessorischen Verpflichtung dieses anerkannt worden ist. Man ließ in so fern von einem auf ein einzelnes Geschäft gerichteten Auftrag gelten,

---

g) L. 1 D. de in rem verso (15, 3).

was von der Bestellung eines Geschäftsführers gilt, und gab dem Gläubiger neben der Klage gegen den Procurator als seinen Contrahenten, die actio quasi institoria gegen den Mandanten desselben, soweit jener seine Vollmacht nicht überschritten hat.[h]) Auch aus den Geschäften, die ein Vormund für seinen Mündel, ein Beamter für eine juristische Person, beide innerhalb ihrer Amtsbefugnisse geschlossen haben, sind allmählich utiles actiones gegen die Vertretenen gegeben worden.

CCLXVII. Eine Veränderung in den Subjecten der Obligatio ist in so fern möglich, als 1) der Gläubiger auch Schuldner, der ursprüngliche Schuldner auch Gläubiger aus derselben Obligatio werden kann, wie es bey den einseitigen Obligationen mit actiones contrariae geschehen mag (§. 262); 2) ein zweiter Gläubiger oder Schuldner hinzutreten kann, ohne die Obligatio wesentlich zu verändern oder aufzuheben (§. 263 ff.). Aber die bisherigen Subjecte einer Obligatio können sich während ihrer Dauer nicht so verändern, daß die bisherigen Gläubiger oder Schuldner aufhören es zu seyn und andere es werden. Eine solche Veränderung wäre nothwendig Aufhebung der Obligatio und Entstehung einer neuen an ihrer Stelle. Die strenge Verbindung mit den Subjecten liegt im juristischen Wesen des Verhältnisses, und auch die factische Natur desselben stimmt damit überein, wonach weder für den Gläubiger die individuelle Person seines Schuldners, noch für den Schuldner die seines Gläubigers gleichgültig ist. Man könnte dieser Beschränkung durch eine nicht individuelle Bestimmung der Subjecte zuvorkommen, wobey jenes Princip vollkommen gewahrt bliebe. Es macht sich jemand z. B. zum Schuldner nicht einer bestimmten Person, sondern des jedesmaligen Inhabers der ausgestellten Schuldverschreibung, oder es wird jemand

---

h) L. 19 pr. D. de instit. (14, 3) L. 10 §. 5 D. mand. (17, 1) L. 13 §. 25 D. de A. E. V. (19, 1.) Vgl. auch noch Bd. II §. 156.

Gläubiger des jedesmaligen Besitzers eines gewissen Grundstücks. Zu einer solchen Berechtigung oder Verpflichtung unbestimmter Personen reichen aber die gewöhnlichen obligatorischen Geschäfte nicht aus; ein Geschäft müßte mit dieser über die gemeine Sphäre hinausreichenden Kraft durch eine besondere Rechtsvorschrift versehen seyn. Seit dem Mittelalter ist dieß für manche Geschäfte und Verhältnisse beschränkt zugelassen worden, im römischen Recht finden wir den ersten Fall (Forderungen für den Inhaber einer Urkunde) gar nicht, der zweite kommt vor, aber in einem sehr beschränkten Kreise, bey öffentlichen Leistungen, deren Pflicht den jedesmaligen Besitzer eines Grundstücks trifft.[a])

Jener Grundsatz steht dem Uebergang der Obligationen auf die Erben des Gläubigers oder Schuldners nicht entgegen, denn die Erbfolge enthält einen Uebergang der Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben, so daß ein Wechsel der Subjecte in der That nicht eintritt. Auch kein factisches Bedenken steht diesem Uebergang entgegen, da jeder Gläubiger oder Schuldner schon bey der Eingehung des Verhältnisses dieser Veränderung in der Individualität seines Gegners als einer für die Erhaltung des Verkehrs nothwendigen Möglichkeit sich

---

a) L. 7 pr. D. de publican. (39, 4): Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros (nämlich gegen ihren Vorgänger). Man darf hier zwey Verhältnisse nicht vermischen. Die öffentliche Pflicht zu gewissen Leistungen, die den Besitzern auferlegt seyn kann (bey den munera patrimoniorum) ist kein Privatrechtsverhältniß, also auch keine Obligatio, mithin hier nicht gemeint. Der Anspruch aber auf eine fällige Leistung dieser Art ist als eine Forderung (des Fiscus gegen den Abgabenpflichtigen) aufgefaßt und behandelt worden. Insofern nun für diese der in L. 7 cit. ausgesprochene Grundsatz geltend gemacht worden ist, besteht damit zugleich der im Text gemeinte Fall einer Obligatio mit einem nicht individuell bestimmten, und darum möglicherweise individuell veränderlichen Schuldner.

gewärtigen muß. Dagegen schließt der Grundsatz allerdings eine Uebertragung der Obligationen, eine Singularsuccession in dieselben aus.[b])

Es konnte nicht fehlen, daß in dem Grade, in welchem der obligatorische Verkehr zunahm, und einen immer beträchtlicheren Theil des Vermögens in sich zog, das Bedürfniß einer Veräußerung und Uebertragung von Forderungen sich dringend anmeldete, nicht bloß im Interesse des Gläubigers, dem um seine Forderung zu verwerthen ein Weg außer der Beitreibung vom Schuldner wünschenswerth seyn muß, sondern auch des Schuldners, der in diesem Fall weniger oft einer Kündigung ausgesetzt ist. Dem Gläubiger, der seine Forderung veräußern will, bietet sich nun als Mittel ein Rechtsgeschäft dar, wodurch er dem Schuldner aufträgt, statt seiner einem andern Gläubiger sich zu verpflichten (Delegation §. 280). Durch den Contract mit dem neuen Gläubiger wird dann die Forderung des alten (des Deleganten) aufgehoben, und die des neuen tritt an ihre Stelle, und es wird in so weit das Resultat erreicht, das durch eine Uebertragung der Forderung entstehen würde. Aber dieß geschieht so, daß die alte Forderung untergeht, die des Delegatarius ist eine neue; dadurch ist dieses Mittel ein unvollkommenes Surrogat der unstatthaften Uebertragung, da gerade die Fortdauer der früheren Forderung vortheilhaft seyn kann. Ein anderer Uebelstand ist die Nothwendigkeit der Zustimmung des Schuldners, ohne dessen Mitwirkung das Geschäft nicht zu Stande kommen kann.

Einen andern Weg, auf welchem diese Uebelstände vermieden werden, bietet die Möglichkeit dar, durch einen Stellvertreter klagbar zu werden (Bd. II §. 156). Der Gläubiger kann den factischen Erfolg einer Uebertragung der Forderung durch ein Mandat erreichen, das er dem, der die Forderung erhalten soll, mit der Bestimmung ertheilt, daß derselbe das

---

b) L. 25 §. 2 D. de usufr. (7, 1.)

vom Schuldner Beigetriebene erhalte. Er bestellt ihn zum procurator (oder etwa auch zum cognitor), aber in rem suam. Dieß heißt Cession der Forderung (cedere, mandare, praestare actionem); zuweilen wird sie ohne eigentliches Mandat von selbst angenommen, zu Gunsten dessen, der einen Anspruch darauf hat, indem ihm der Prätor eine utilis actio gegen den Schuldner giebt.[c]) Die Cession ist nicht Uebertragung der Forderung selbst, sondern ihrer Ausübung und Geltendmachung. Der Cedent hört nicht auf Gläubiger zu seyn, der Cessionar wird es nicht, bis er mit dem Schuldner litem contestirt, wodurch vermöge der darin liegenden Novation (§. 279) eine neue Forderung entsteht, deren Subject ausschließlich der Cessionar ist.[d]) Bis dahin hat der Cedent als Gläubiger noch die volle Verfügung über die Forderung, er kann den Schuldner selbst belangen, dieser kann ihm Zahlung leisten u. s. f.; der Umstand, daß er dadurch die dem Cessionar eingeräumte Berechtigung verletzt, macht ihn nun diesem verantwortlich, hindert aber nicht die Wirkung seiner Handlungen gegenüber dem Schuldner. Diese fortdauernde Einwirkung des Cedenten ist eine Unvollkommenheit der Cession, welche besonders da, wo es dem Cessionar nicht um sofortige Beitreibung der Schuld zu thun ist, fühlbar wird. Dieß hat darauf geführt, die Beseitigung dieses Einflusses (nicht gerade die Wirkung der Litiscontestation) schon der bloßen Benachrichtigung des Schuldners von der Cession beizulegen; sie bewirkt, daß der Schuldner von da an nicht mehr durch Befriedigung des Cedenten oder durch ein sonstiges Geschäft mit diesem sich befreien kann, dagegen aber auch gegen die Klage desselben geschützt wird.[e])

Gegen den Nachtheil einer Veränderung der Person des Fordernden ohne seine Zustimmung ist der Schuldner im Gan-

---

c) Vgl. L. 55 D. de procur. (3, 3.)

d) L. 11 §. 1 D. de novat. (46, 2.)

e) Alex. L. 4 C. quae res pign. (8, 17.)

zen schon durch die rechtliche Natur der Cession geschützt, weil es eine fremde Forderung ist, die der Cessionar geltend macht, und dem Schuldner daher jede Vertheidigung zusteht, die er gegen den Anspruch des Cedenten selbst, wenn dieser die Forderung geltend machte, haben würde. Im späteren Recht ist die Garantie des Schuldners noch vermehrt worden durch besondere Beschränkungen der Cession, um auch factische Veränderungen seiner Lage zu verhüten. Die Cession könnte dazu benutzt werden, dem Schuldner einen Gegner unterzuschieben, der durch seine Verhältnisse vielleicht im Stande wäre, ihn zu drücken, die Vertheidigung desselben zu erschweren, einen unbegründeten Anspruch gegen ihn durchzusetzen. Man hat daher die Cession an Mächtigere verboten, wie auch schon die einfache Bestellung derselben als Procuratoren untersagt ist.[f]) Jene Gefahr liegt besonders nahe, wenn die Cessionen zu einem Handel mit Forderungen gebraucht werden. Diesen Handel hat der Kaiser Anastasius (lex anastasiana) bey Forderungen, denen nicht schon bey ihrer Entstehung die Bestimmung, Handelsobjecte zu seyn, gegeben worden ist, durch die Vorschrift zu beseitigen gesucht, daß der Cessionar, wenn die Cession einen Kauf zu ihrem Grunde hat, keine größere Summe von dem Schuldner einzuklagen berechtigt seyn soll, als er selbst dafür gegeben hat.[g])

Wirkung der Obligatio.

CCLXVIII. Der Gläubiger kann die Leistung fordern, wie sie den Inhalt der Obligatio bildet; dieß gilt von dem Gegenstand selbst, von der Zeit, von der Leistung. Was den Gegenstand anlangt, so geht sein Anspruch auf Leistung dessen, was die Obligatio enthält, ohne daß es dem Schuldner gestattet ist, einseitig einen andern, wenn auch gleichen Werthes,

---

f) Bd. II §. 156 Note m.
g) L. 22 C. mand. (4, 35.)

zu substituiren.[a]) Es ist möglich, daß der Gläubiger die ihm eigentlich geschuldete Leistung nicht erhält und mit dem Werth sich begnügen muß (§. 260), da die individuelle Leistung rechtlich oder factisch unerzwingbar seyn kann, aber diese Veränderung ist nicht als ein Recht des Schuldners zu betrachten. Die volle Wirkung der Obligatio kann durch eine Zeitbestimmung aufgeschoben seyn (Bd. II §. 204 Note c), die Existenz der Obligatio wird dadurch nicht gehindert, auch ihre Wirkung wird nicht in allen Beziehungen ausgeschlossen, indem z. B. der vor der Zeit zahlende Schuldner das Gezahlte nicht zurückfordern kann,[b]) aber fordern kann der Gläubiger nicht vor dem Ablauf der Zeit. Diese Folge hat nicht bloß eine durch Privatwillen oder Rechtsvorschrift ausdrücklich gesetzte Erfüllungszeit, ein gleicher Aufschub kann auch schon in der Beschaffenheit der Leistung selbst liegen, wenn sie (in ihrem Gegenstand, nicht in den bloß individuellen Umständen des Schuldners) der sofortigen Erfüllung ein Hinderniß entgegenstellt.[c]) Regelmäßig jedoch sind Existenz der Obligatio und Zeit der Forderung nicht getrennt, der Tag der Entstehung der Forderung ist im Zweifel auch der Tag der Erfüllung.[d]) Eine Modification endlich der Wirkung kann durch die Bestimmung eines Erfüllungsorts herbeigeführt werden. Die Forderung wird dadurch auf diesen Ort beschränkt,[e]) während außerdem der Gläubiger überall, wo er den Schuldner trifft und wo er ihn gerichtlich belangen kann, zu fordern berechtigt ist.

Wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, so steht dem Gläubiger die gerichtliche Geltendmachung

---

a) L. 2 §. 1 D. de reb. cred. (12, 1.)

b) L. 10 D. de cond. indeb. (12, 6.)

c) L. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1.)

d) L. 14 D. de R. I. (50, 17.)

e) Ueber die unumgängliche Milderung dieser Schranke und die Möglichkeit der Forderung an einem andern Ort s. Bd. II §. 152 Note q, §. 166 Note r, und vgl. oben §. 260 a. E.

seiner Forderung offen. Mit der Obligatio ist zu diesem Zweck eine Klage verbunden, die gegen den Schuldner angestellt werden kann, sey es daß er die Forderung bestreitet, oder ohne dieses seiner Verbindlichkeit nicht genügt. Aber dieses Klagerecht ist, wenn auch der regelmäßige Begleiter der Obligatio, doch für ihre Existenz nicht wesentlich, es läßt sich eine Obligatio auch ohne diese vollkommene Wirkung denken. Darauf bezieht sich die Eintheilung in klagbare und klaglose Obligationen.

Klaglos kann eine Obligatio von Anfang seyn, oder sie kann es nach ihrer Entstehung werden. Im ersten Fall kann die Klaglosigkeit ihren Grund in einer formellen Unvollkommenheit des Geschäfts haben, wodurch die Obligatio constituirt ist, die Wirkung der bloßen Pacta ist eine solche beschränkte, oder in einer gesetzlichen Mißbilligung des Geschäfts, wenn sie nicht so weit geht, demselben alle Wirkung zu entziehen, wohin der Fall des S. C. macedonianum gehört, oder in der persönlichen Stellung der Subjecte, welche die Entstehung einer klagbaren Obligatio hindert, so die Obligatio aus einem Geschäft, das der Schuldner, während er Sclave war, geschlossen hat (Bd. II §. 212 Note s), und die Obligatio zwischen Personen, welche durch ein Gewaltverhältniß mit einander verbunden sind. Eine klagbare Obligatio aber kann zur klaglosen werden dadurch, daß nach ihrer Entstehung ein Umstand eintritt, welcher die Klage wegnimmt, ohne die Obligatio selbst vollkommen aufzuheben, so durch die Klagverjährung (Bd. II §. 208 a. E.), durch capitis deminutio des Schuldners (§. 279); die Litiscontestation (Bd. II §. 172) und die Sentenz (das. §. 175) heben an sich die Obligatio vollkommen auf, unter Umständen kann aber auch hier eine unvollkommene Aufhebung eintreten.[f]

---

f) L. 60 pr. D. de cond. indeb. (12, 6) vgl. Bd. II §. 175 Note bb. Man hat häufig die Proceßverjährung (Bd. II §. 159) als einen Aufhe-

Welche Wirkung bleibt nun einer solchen Obligatio übrig, der die vollkommene der klagbaren Geltendmachung entzogen ist? Vor allem die, daß sie die Basis anderer Rechte seyn oder werden kann, welche eine bestehende Obligatio zu ihrer Voraussetzung haben. So kann für eine solche Obligatio ein Pfandrecht mit vollkommener Wirkung bestehen (Bd. II §. 251 Note aa, dd), sie kann constituirt (§. 275), verbürgt, novirt werden (§. 264). Eine zweite Wirkung ist die Geltendmachung durch Exceptio gegen eine Forderung des unvollkommenen Schuldners, wofern die Exceptio sonst statthaft ist, z. B. zum Behuf der Compensation (§. 279). Endlich wenn der Schuldner gezahlt hat, so hat er, wenngleich eine Schuld, die nicht hätte gegen ihn eingeklagt werden können, doch immerhin eine Schuld gezahlt, und kann es nicht als indebitum zurückfordern, der Gläubiger hat soluti retentio.[g])

Die zuletzt genannte Wirkung kommt zuweilen ohne die übrigen vor. Dieß ist nicht eine willkührliche Beschränkung, sondern eine Folge davon, daß sie nicht einmal schlechthin die Existenz einer eigentlichen Obligatio voraussetzt. Die Zurückforderung des Gezahlten kann nämlich nicht bloß dadurch ausgeschlossen seyn, daß der Zahlende wirklich debitor (vollkommener oder unvollkommener) war, sondern auch dadurch, daß für ihn eine sittliche Pflicht existirte, zu deren Erzwingung zwar das Recht kein Mittel giebt, zu deren Verletzung aber es ebenfalls nicht die Hand bieten darf, was geschehen würde, wenn es dem Erfüllenden eine Klage auf Zurückgabe des Ge-

---

bungsgrund betrachtet, der stets eine klaglose Obligatio zurücklasse, s. z. B. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu 1843 p. 17 sqq. Aber die Proceßverjährung zerstört nicht die consumirende Wirkung der Litiscontestation (Bd. II §. 172), sondern macht sie vielmehr permanent, mithin kann jene Wirkung nach Ablauf der Proceßverjährung nur da eintreten, wo sie auch ohne dieselbe als Folge der Litiscontestation und der Sentenz eintreten würde.

g) L. 19 pr. 64 D. de cond. ind. (12, 6.)

gebenen verwilligte.[h]) So hat jede Obligatio die Wirkung der soluti retentio, aber nicht jede soluti retentio gründet sich auf eine Obligatio; sie kann sich auch auf eine nichtjuristische Pflicht gründen, welche die Rückforderung zu einer Unsittlichkeit macht.

Mit dem bisher dargestellten Gegensatz von klagbaren und klaglosen Obligationen stehen die Ausdrücke civiles und naturales obligationes im Zusammenhang. Sie beziehen sich zunächst auf das Recht, durch welches die Obligatio anerkannt wird, aber dieser Umstand hat eben zugleich einen bedeutenden Einfluß auf die Wirkung, die ihr zukommt.

Civiles obligationes sind die durch das ius civile anerkannten, also die auf eine diesem Recht gemäße Weise entstandenen, sey es durch eine eigenthümlich civilrechtliche oder durch eine allgemeine, dem Jus Gentium angehörige, aber von dem Jus civile adoptirte Form. Sie sind durchaus vollkommene, mit einer Klage, einer civilis actio versehene Obligationen, wenn nicht etwa bey ihrer Entstehung oder nachher ein Umstand hinzugetreten ist, der ihnen diese vollkommene Wirkung, worauf sie durch ihren Ursprung Anspruch haben, entzogen hat. Sie werden auch obligationes schlechtweg genannt, wie auch unter dem Wort ius schlechtweg das civile Recht verstanden wird, und in diesem Sinn kann von einem Umstand, der die Klage wegnimmt, gesagt werden, er bewirke, daß keine obligatio (in jener vollen Bedeutung) mehr vorhanden sey.[i]) Eben so wird der Ausdruck debere, debitor vorzugsweise für diese Obligationen gebraucht,[k]) die ohnehin in

---

h) L. 26 §. 12 L. 32 §. 2 eod. (Gegen diese Zurückführung der soluti retentio auf eine blos sittliche Pflicht erklärt sich Savigny, Obligationenrecht I §. 12 S. 100 Note a, 163 Note d. R.)

i) L. 6 D. de O. et A. (44, 7): — finit obligationem.

k) L. 16 §. 4 D. de fideiuss. (46, 1.) So auch der Ausdruck creditor für den zu einer Klage berechtigten Gläubiger L. 10 D. de V. S. (50, 16.)

der ältesten Zeit, der ausschließlichen Geltung des Jus civile, die einzigen waren.[l])

Das Wort naturalis bildet den Gegensatz von civilis, naturales obligationes sind die, welche nicht im Jus civile ihre Wurzel und nicht die civilrechtliche Wirkung haben. Solche sind vor allem die, welche im Jus Gentium ihren Grund haben,[m]) aber auch die auf dem ius honorarium beruhenden können mit jenem Wort in seiner negativen Richtung bezeichnet werden.

Es gab eine Zeit, wo die obligationes iuris gentium im römischen Recht und unter Römern gar keine Wirkung hatten, Wenigstens keine selbstständige und für sich zur Sprache kommende; denn freilich daß sie die materielle Grundlage für civilrechtliche werden konnten, daß eine Uebereinkunft durch das Hinzukommen einer civilen causa zur Obligatio wurde,[n]) war nicht zweifelhaft. Davon war nur ein kleiner Schritt zu dem Grundsatz, daß eine solche naturalis obligatio die Basis eines anderen Rechts, einer Verpfändung, einer Verbürgung werden, ferner, nachdem diese Rechtsmittel eingeführt waren, daß sie durch Exceptionen geltend gemacht, überhaupt daß sie zur Vertheidigung gegen einen Anspruch benutzt werden könne, und daß dem Gläubiger iure gentium die soluti retentio zustehe. Es wurden, mit einem Wort, den naturales obligationes alle jene Wirkungen einer Obligatio außer der Klage eingeräumt, und dadurch geschah es, daß mit diesem Namen im römischen Recht die klaglosen Obligationen bezeichnet werden, nicht bloß wenn die Obligatio von Anfang eine klaglose war, sondern auch wenn eine civilis obligatio durch den Verlust der Klage

---

l) Auch der Definition der Obligatio in pr. Inst. de oblig. (1, 13) liegt genau verstanden diese engere Bedeutung zu Grunde. Vgl. auch L. 7 §. 2. 4 D. de part. (2, 14.)

m) L. 84 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

n) L. 7 §. 2. 4 D. de pact. (2, 14.)

klaglos wird, so daß dieser Fall in den Worten „naturalis obligatio manet" seinen Ausdruck findet. In einigen Fällen sind solche naturales obligationes mit einer höheren Wirkung durch eine ihnen beigelegte prätorische Klage versehen, sie sind dadurch zu honorariae obligationes geworden, und werden durch diese Bezeichnung von den übrigen (tantum naturales) unterschieden.[o]) Auf der andern Seite geht der Ausdruck honorariae actiones auch über die naturales obligationes hinaus, es giebt prätorische Obligationen, die nicht auf das Jus Gentium zurückgeführt werden können, die also nicht zugleich naturales sind, wenigstens wenn dieses Wort in seiner positiven Bedeutung, und nicht in seiner negativen (für alle nicht civilen Obligationen) gebraucht wird.

Wenn man diesen negativen Sinn des Worts ins Auge faßt, so kann es nicht auffallen, daß selbst die oben angedeuteten Fälle (Note h), wo eine soluti retentio ohne alle eigentliche Obligatio vorkommt, als ein naturaliter obligari, natura debere bezeichnet werden; das Auffallende würde wenigstens eher in dem Gebrauch des Worts obligatio oder debitum, insofern dadurch die nichtjuristische Pflicht für ein Rechtsverhältniß erklärt wird, als in dem Beiwort naturalis liegen. Denn mit diesem kann, wie das über das Jus civile, so auch das über die Gränzen des Juristischen überhaupt Hinausgehende sehr wohl ausgedrückt werden. So ist es weder nach Jus civile noch nach Jus Gentium möglich, daß der ehemalige Sclave gegen seinen Herrn eine aus der Zeit der Herrschaft sich herschreibende Forderung habe; wenn der Herr ihm in Beziehung auf ein verwilligtes Peculium etwas schuldig geworden war, und er zahlt es nach der Freilassung, so hat er gezahlt, was er weder iure civili noch gentium schuldete. Dessenungeachtet ist die condictio indebiti ausgeschlossen, und

---

o) L. 5 pr. D. de pign. (20, 1) L. 1 §. 1 D. de novat. (46, 2) L. 8 §. 4 D. de acceptil. (46, 4) L. 10 D. de V. S. (50, 16.)

in dieser Rücksicht wird jene Schuld[p]) ein naturale debitum genannt, und der Jurist Tryphoninus erinnert in dieser Beziehung an die Bedeutung des ius naturale, worin darunter nicht wie gewöhnlich das ius gentium, sondern ein über Jus civile und Gentium hinausliegendes Recht verstanden wird.[q]) Daraus ist zugleich zu lernen, daß jene Fälle einer nichtjuristischen Pflicht so wenig als der eigentliche Kern der Theorie von der naturalis obligatio betrachtet werden dürfen, als der Begriff des ius gentium in dem ius naturale quod natura omnia animalia docuit zu suchen ist.

CCLXIX. Innerhalb des Kreises der klagbaren Obligationen treten Verschiedenheiten der Wirkung ein durch die verschiedene Natur der Klagen selbst, welche dem Anspruch einen größeren oder geringeren Grad von Energie geben kann.

Vor allem hat auf das processualische Verhältniß unter den Parteien und von da rückwärts auf Charakter und Kraft der Forderung einen bedeutenden Einfluß der Umstand, ob die Klage bonae fidei actio ist oder ein strictum iudicium zur Folge hat. Nach diesem Unterschied werden die Obligationen selbst und damit auch die Geschäfte, durch welche sie constituirt werden, in bonae fidei und stricti iuris obligationes, contractus, negotia eingetheilt.[a])

Einem Volk von praktischem Verstand und männlicher Energie wird sich ein System der Rechtshülfe empfehlen, bey welchem der Richter streng an das gewiesen wird, was die Parteien über ihre Verhältnisse ausdrücklich verabredet und im Einzelnen unter sich festgesetzt haben. Es wird ohne Anstand an diese die Forderung stellen, in ihrem Verkehr für eine ihrem

---

p) L. 41 D. de pecul. (15, 1): — sed cum eo verbo (debere) abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem —.

q) L. 64 D. de cond. ind. (12, 6.)

a) Vgl. zu dem Folgenden die Darstellung im Proceß Bd. II §. 165.

rechtlichen Interesse entsprechende genaue Fassung ihrer Geschäfte selbst zu sorgen, alles Erforderliche in weisliche Ueberlegung zu ziehen, und darnach ihre Verträge einzurichten, ohne sich auf eine Nachhülfe von Seiten des künftig erkennenden Richters zu verlassen. Dieses Princip versprach eine einfachere, strengere, eine von der Individualität des Richters unabhängigere, und darum gegen richterliche Willkühr und Parteilichkeit oder Schwäche gesicherte Rechtshülfe. So dachte das römische Volk, welchem gegen diesen Vortheil die Gefahr eines materiellen Unrechts gering erschien, da sie der Regel nach nur den Unvorsichtigen, Nachläßigen, Unmännlichen bedrohte, der unter einer überwiegenden Mehrzahl von tüchtigen, verständigen, der eigenen Kraft und Einsicht vertrauenden Bürgern auf keine Sympathie rechnen durfte; die Regel der stricta iudicia erwies sich selbst zu einer Zeit, wo das Recht noch keine Hülfe gegen Uebervortheilung durch Betrug oder Gewalt in Rechtsgeschäften gab, sondern jeden seiner eigenen schützenden Thätigkeit überließ, keineswegs als unbequem.

Allerdings aber that sich schon von der ältesten Zeit an eine Reihe von obligatorischen Verhältnissen hervor, bey denen das Bedürfniß einer Ausnahme von dieser Regel nicht abzuweisen war. Diese Fälle (aufgezählt Bd. II S. 123 f.) sind zum Theil solche, wo jene Anforderung bis ins Detail erschöpfender Verabredungen schon der Zeit wegen, die sie in Anspruch nehmen, dem Verkehr nachtheilig geworden wäre, wie bey dem Kauf und ähnlichen Handelsgeschäften, bey dem Depositum, dem Commodatum, der Führung fremder Geschäfte, zum Theil sind es Verhältnisse, bey denen die verschiedenen Ereignisse, die dabey zu bedenken sind, auch dem Vor- und Weitsehenden nicht vorschweben, wie bey den Societäten und andern Gemeinschaftsverhältnissen, oder wo die Anforderung genauer Verclausulirung als eine allgemeine sonst als unnatürlich erscheinen muß, wie bey dem Heirathsgut, überhaupt sind es Fälle, wo das gegenseitige Vertrauen der Parteien auf billige

und rechtliche Gesinnung durch die Natur der Verhältnisse gerechtfertigt und dem Vorwurf der Läßigkeit entnommen wird. Es ist an einem andern Ort ausgeführt worden (Bd. II §. 154. 162. 165), wie für diese Fälle Richter gegeben wurden mit größerer Macht zur Wahrnehmung dessen, was Recht und Billigkeit in solchen Verhältnissen fordern, als die gewöhnlichen Richter besitzen.

Der unterscheidende Charakter der bonae fidei obligationes gegenüber anderen zeigt sich in folgenden Punkten. Im allgemeinen besteht er in der freien Beurtheilung des Verhältnisses nach den Vorschriften des billigen Rechts, zu welcher der Richter ermächtigt und angehalten wird. Als Mittel dazu dient ihm in Beziehung auf die Feststellung der Facta eine freiere Benutzung des Eides, den er der einen oder andern Partey auflegen kann,[b]) ferner die Zulassung einer Legitimation durch ein bloßes Interesse der Neigung (§. 258 Note e). Der Feststellung der Thatsachen liegt vor allem die wirkliche Verabredung zu Grunde, sodann in Ermangelung derselben, was aus der Natur der Verhältnisse zu entnehmen ist.[c]) In jener Hinsicht ist die Uebereinkunft das Grundgesetz dieser Obligationen,[d]) sie ist vor allem aufrecht zu erhalten,[e]) wobey eine stillschweigende Vereinbarung so gut ist als eine ausdrückliche, wie denn überhaupt die Berufung auf Rechtsformen gegenüber dem, was sich als Verfahren eines redlichen Mannes darstellt,

---

b) L. 3 C. de reb. cred. (4, 1): In bonae fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportet (Diocl. et Max.). Daß ungeachtet der scheinbaren Gleichstellung die b. f. obligationes in dieser Hinsicht dennoch etwas vor den übrigen vorausbaben, zeigt ihre Hervorhebung auch in der angeführten Stelle, eben so L. 5 pr. D. de in litem iur. (12, 3.)

c) L. 11 §. 15. 48 D. de A. E. V. (19, 1.)

d) L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17) L. 58 D. de pact. (2, 14.)

e) L. 7 §. 6 D. de pact. (2, 14) L. 11 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1) L. 21 D. loc. (19, 2) L. 2 §. 13 D. de adm. rer. (50, 8.)

zurücktritt.[f]) Aber die Verabredungen selbst unterliegen der Beurtheilung nach den Anforderungen der Gerechtigkeit; sie sind zu verwerfen soweit sie diesen nicht entsprechen.[g]) Eben so hat dieses Princip der aequitas,[h]) und der Zurückweisung aller Gefährde und Hinterlist[i]) auf die rechtliche Gestaltung des ganzen Verhältnisses Einfluß, theils den positiven, daß Ansprüche die jenen Grund haben, anerkannt, theils den negativen, daß entgegengesetzte zurückgewiesen werden.[k])

Es läßt sich allerdings nicht behaupten, daß eine stricti iuris actio schlechthin und in jedem Falle dem Gläubiger vortheilhafter sey, als eine bonae fidei actio. Denn auch ihm kann das bey der letzteren vorherrschende Princip der materiellen Gerechtigkeit erwünscht seyn. Daß er nicht in den Fall kommt, wegen Zuvielforderung sein Recht zu verlieren, gehört nicht eigentlich hieher, da es die Folge nicht der bona fides, sondern der incerta intentio, die bey bonae fidei actiones nothwendig, aber auch außer ihnen möglich ist. Aber er kann Ansprüche geltend machen und durchsetzen, die über den wört-

---

f) L. 29 §. 4 D. mand. (17, 1): — de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare. (Cic. pro Caec. c. 23: cum se in causa putant habere aequum et bonum — tum illud quod dicitur *sive nive* irrident, tum aucupia verborum — in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere: scriptum sequi, calumniatoris esse: boni iudicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere. R.)

g) L. 7 §. 1 D. de rescind. vend. (18, 5) L. 11 §. ult. de A. E. V. (19, 1.)

h) L. 31 D. depos. (16, 3): Bona fides quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat — — —. L. 2 §. 2 D. de O. et A. (44, 7): item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex aequo et bono praestari oportet.

i) L. 68 pr. D. de contr. emt. (18, 1.)

k) Anwendungen in L. 6 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5) L. 41 D. de iud. (5, 1) L. 24. 31 §. 1 D. depos. (16, 3) L. 12 §. 11 D. mand. (17, 1) L. 68 pr. D. de contr. emt. (18, 1) L. 11 §. ult. L. 50 D. de A. E. V. (19, 1) L. 32 §. 2 D. de usur. (22, 1) L. 57 D. de R. I. (50, 17) L. 18 C. de neg. gest. (2, 19) L. 3 C. de resc. vend. (4, 44.)

lichen Inhalt des Geschäfts hinausgehen, die Verbindlichkeiten des Schuldners erweitern sich, was sich z. B. bey dem Ersatz eines durch diesen verursachten Schadens zeigt (§. 277), der Gläubiger erhält Accessionen ohne besondere Abrede z. B. Verzugszinsen, worauf er in einem strictum iudicium keinen Anspruch hat (§. 260) u. s. f. Dagegen gewährt auf der andern Seite die bonae fidei actio dem Schuldner den Vortheil, daß ihn die Rücksicht auf die bona fides befreien kann, wo er in einem strictum iudicium condemnirt werden müßte, daß ihm auch formell die Vertheidigung erleichtert ist, indem er vor dem Richter alle Einwendungen, die sich auf einen vergangenen oder gegenwärtigen dolus des Klägers zurückführen lassen, vorbringen kann ohne sie schon in iure vorgeschützt und ihre Aufnahme in die Formel erlangt zu haben (Bd. II §. 170); der größere Umfang des Feldes, auf dem das Urtheil des Richters sich bewegt, verursacht eine größere Verwickelung von Angriff und Vertheidigung und damit eine Verzögerung der Rechtshülfe zum Nachtheil des Gläubigers; der Kläger wird selten seinen ganzen Ansatz erreichen, die Möglichkeit des Abdingens ist ein Gewinn des Schuldners, der Gläubiger kann in die nachtheilige Alternative sich versetzt sehen, entweder seine Forderung zu hoch zu stellen, und dadurch zwar nicht den Verlust, aber eine Verlängerung des Processes zu verursachen, oder durch einen mäßigen Ansatz sich der Gefahr auszusetzen, bey einem diese Mäßigung nicht vermuthenden Richter weniger zu erhalten, als ihm wirklich gebührt. [l])

Im Ganzen kann man sagen: das strictum iudicium gewährt einem Gläubiger, der sich gehörig vorgesehen hat, eine sicherere, strengere, schnellere Rechtshülfe; den Nachtheilen, die

---

l) Cic. pro Rosc. Com. 4: — ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus, consequamur. — — Quis unquam ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? Nemo.

für ihn damit verbunden sind, läßt sich vorbeugen. Und diesen Vortheil kann auch bey einer bonae fidei obligatio der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners sich dadurch verschaffen, daß er, entweder von Anfang oder nachher, die Leistung in bestimmter Fassung zum Gegenstand einer Stipulation macht. Er hat dann die Klage aus der Stipulation, die eine stricti iuris actio ist. [m])

Aber es giebt Fälle, theils im früheren, theils noch im späteren Recht, wo die regelmäßige Wirkung der Forderung noch weiter verstärkt, der Zwang gegen den Schuldner potenzirt worden ist, durch eine besonders nachtheilige Lage, von der sich der die Zahlung Versäumende bedroht sieht. Ein solcher Nachtheil kann durch Verabredung bestimmt werden, der Schuldner macht sich anheischig für den Fall nicht gehöriger Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Strafe zu geben, die man von dieser ihrer Begründung durch einen Vertrag Conventionalstrafe nennt. Sowie die Bedingung eingetreten, die Erfüllung unterlassen worden ist, verfällt die Strafe; was übrigens zum Eintritt der Bedingung gehöre, hängt von der Fassung der Strafstipulation und dem darin ausgedrückten Willen der Contrahenten ab, wonach z. B. eine Unmöglichkeit der Thatsache, auf deren Unterbleiben die Strafe gesetzt ist, erforderlich, oder auch schon die einfache Unterlassung innerhalb einer gewissen Zeit hinreichend seyn kann. [n]) Hat die Conventionalstrafe den Charakter einer reinen Strafe, so daß, wenn sie verfallen ist, sie und auch noch außerdem die Erfüllung selbst gefordert werden kann, so ist der Nachtheil, der den säumigen Schuldner bedroht, und damit die Verstärkung des von dem Gläubiger ausgehenden Zwangs für sich klar. Aber auch

---

m) Cic. pro Caecin. c. 3 si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur. Das Nähere darüber bey der Stipulation §. 272.

n) L. 115 §. 1. 2 D. de V. O. (45, 1) L. 12 C. de contr. stip. (8, 38.)

wenn diese, wie es gewöhnlich gemeint seyn wird, nur die Erfüllung oder die Strafe fordern kann, wenn also die Strafe ein gewillkührter Anschlag des Interesse ist (sey es für die Erfüllung selbst oder bloß für ihre Verspätung), so gewährt die Strafe doch den bedeutenden Vortheil, daß sie das Interesse fixirt, den Beweis desselben ersetzt, und alle Einwendungen beseitigt, die der Schuldner gegen den Anschlag desselben durch den Gläubiger erheben könnte, giebt also dem Gläubiger eine umfassendere, jedenfalls eine schnellere, und schon darum kräftigere Hülfe, als ihm außerdem zu Gebot stehen würde.[o])

Manchen Forderungen hat das Recht selbst eine verstärkte Wirkung beigelegt. Es gehören dahin das Nexum, die Fälle, wo eine Strafsponsion erzwungen werden kann, oder wo der Proceß dem Beklagten sonst einen über die regelmäßigen Folgen seines Verlaufs hinausreichenden, mit der Natur des geltend gemachten Anspruchs zusammenhängenden Nachtheil droht.

Das älteste Recht hat das Beispiel einer gewaltigen Verstärkung der Obligatio in der Contractsform gegeben, welche nexum oder nexus heißt. Bey diesem Institut, welches bey der theilweisen Dunkelheit und Disharmonie der davon gegebenen Nachrichten noch immer zu den Problemen der Geschichte gehört, und namentlich in unsern Tagen viele Gelehrte beschäftigt hat,[p]) kommt es auf zwey Punkte an: die Beschaf-

---

o) §. 7 Inst. de V. O. (3, 15.)

p) Mehr oder weniger ausführlich haben ihre Untersuchungen über das Nexum mitgetheilt Niebuhr Röm. Gesch. I S. 638 ff. II S. 668 f. III S. 178 ff. Zimmern der röm. Civilproceß (1829) §. 45. Puchta Lehrb. für Inst. Vorl. (1829) S. XXVIII ff. v. Savigny über das altröm. Schuldrecht 1834. v. Scheurl vom Nexum 1839. C. Sell de I. R. nexo et mancipio 1840. Van Heusde de lege poetelia papiria 1842. Bachofen das Nexum, die Nexi und die Lex Petillia 1843. v. Glöden Recension der drey letzten Schriften, krit. Jahrb. 1845 S. 385 ff. (Danz, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts II §. 160. Huschke über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht 1846. R.)

fenheit des Geschäfts selbst, wozu nicht bloß die äußere Form, sondern auch der juristische Umfang seiner Anwendung, und, was freilich schon auf der Gränze des zweiten Punktes liegt, der Einfluß auf den gegenwärtigen Zustand des Verpflichteten gehört, — sodann die Wirkung, die es der Forderung gab. Wir können das letzte auch als den eigentlichen Zweck des Geschäfts, das erste als Bereitung des Wegs zu diesem Ziel bezeichnen. Indem wir dieses Institut in ein System des Rechts einzureihen haben, sehen wir uns (im Gegensatz gegen eine monographische Behandlung desselben) genöthigt, jene beiden Punkte zu trennen, hier vorzugsweise den zweiten ins Auge zu fassen, den ersten zur Lehre von den Contracten (§. 272) zu verweisen, indem wir davon nur dieß vorausnehmen, daß bey dem Geschäft eine Wage gebraucht, ein Stückchen Erz dem Schuldner gegeben wurde, feierliche Worte auszusprechen, fünf Zeugen zuzuziehen waren, und daß dieses Geschäft von den alten Schriftstellern meistens bey dem Gelddarlehn erwähnt wird. Diese Trennung hat vielleicht ihre eigenthümlichen Vortheile. Wenigstens glaube ich bemerkt zu haben, daß manche neuere Schriftsteller, wenn sie auch den eigentlichen praktischen Zweck nicht aus den Augen verlieren, doch durch eine Vernachläßigung der Scheidung der verschiedenen Punkte gehindert worden sind, das Wahre zu treffen. Durch die Richtung der Aufmerksamkeit auf den praktischen Zweck hat Savigny in der Behandlung dieser Sache Epoche gemacht, es wäre manchen neuern Bearbeitern zu rathen gewesen, ihm in dieser Richtung zu folgen. [q])

---

q) (Mit diesen Worten endigt das von dem Verfasser für den Druck ausgearbeitete Manuscript. Das Institutionenheft von 1843 enthält über seine Ansicht vom Nexum, deren eigene Ausführung, auch nach v. Glödens Andeutungen darüber, immer noch von großem Interesse gewesen seyn würde, nur dieses: „Nexum war eine Contractsform, bey welcher eine Wage gebraucht und ein Stückchen Erz dem Schuldner gegeben wurde vor fünf Zeugen, gleichsam ein Selbstverkauf des Schuldners an den Gläubiger, ur-

(Die Execution einer Forderung setzt ein richterliches Urtheil voraus, welches erst nach vollständiger Vertheidigung des Schuldners gefällt werden kann. Die Obligatio selbst ist nicht executorisch, sie berechtigt zur Klage in personam, aber nicht zur Pfändung der Person. Nicht selten aber wird dem Gläubiger daran liegen, ohne die zwischen der Actio und dem Judicat liegenden Mittelstufen dieses letzte Ziel erreichen, die executorische Kraft des Endurtheils bis auf den obligatorischen Act zurückziehen zu können.

---

sprünglich wahrscheinlich in Form des Darlehns, bey dem das Geld zugewogen wurde, nachher eine bloße Form für jede Obligation, bey der die Parteien übereinkamen, sie mit dieser Form zu bestärken. Diese Form verschaffte dem Gläubiger das Recht, gegen den Schuldner mit Manus Injectio zu klagen, wie sonst bey dem Judicatus. Der Schuldner wurde, wenn sich kein Binder fand, dem Gläubiger sofort als Schuldknecht zugesprochen. Dieß Nexum, mit dem hartherzige Gläubiger einen großen Mißbrauch trieben, wurde in Folge von Volksaufständen abgeschafft durch das Gesetz des Poetelius und Papirius 428, d. h. es wurde bestimmt, daß nicht mehr die Manus Injectio eintreten sollte, wodurch es wirkungslos wurde." Wie die Darstellung im Cursus der Institutionen gelautet haben würde, ergiebt folgender Parallelismus zwischen Eigenthum und Obligatio, den der Verfasser auf einem besondern Blatte für die Ausarbeitung entworfen hatte: „I. Eigenthum. 1) Proceß mit richterlichem Urtheil. 2) Proceß mit Confessio in Jure. 3) Scheinproceß durch In Jure Cessio. 4) Außergerichtlich: Mancipatio. — Alles ex iure quiritium. II. Obligatio. 1) Proceß mit richterlichem Urtheil: actio iudicati. 2) Proceß mit Confessio in Jure. 3) [Scheinproceß mit Confessio in Jure. Gerichtlicher Contract?] 4) Außergerichtlich. Nexum. Ueberall Manus Injectio. Ueberall aes vorausgesetzt und zwar certa pecunia. Ein anderer Gegenstand kann in aes verwandelt werden: a) durch Judicat, b) durch Nexum." Auf einem zweiten Blatte: „Nexum. Zwey Punkte 1) Wirkung, 2) Beschaffenheit des Actes selbst. Ad 1. Schuldknechtschaft. Aber nicht ausschließlich beim Nexum. Also eine kürzere Herbeiführung derselben. Manus Injectio. Einfluß auf die Stellung des Schuldners. Begründete schon das Nexum eine Knechtschaft? Ad 2. Unten bey der Entstehung." Ich habe um so weniger Bedenken getragen, die hier angedeutete letzte Ansicht des Verfassers im Texte auszuführen, als ich sie in den wesentlichsten Punkten als eine uns gemeinsame bezeichnen darf. R.)

Das älteste Recht eröffnet ihm hierzu einen zwiefachen Weg.

Der eine ist die Confessio in Jure (Bd. II §. 187), welche, sobald sie auf eine bestimmte Summe römischen Kupfergeldes gerichtet ist, nach dreißig Tagen zur Manus Injectio und Abductio des Geständigen berechtigt, sey es nun, daß eine frühere Schuld erst nachträglich, oder daß eine Darlehnsschuld durch Auszahlung oder Schuldbekenntniß vor Gericht gleich von vornherein mit der Kraft des confessum aes bekleidet wird.[r])

Der andere Weg ist ein Privatact, der sich zu dem Scheinproceß der Confessio in Jure verhält wie die Mancipatio zur In Jure Cessio, und jenen gerichtlichen Contract eben so vollständig aus der Anwendung verdrängt hat, wie die umständlichere Scheinvindication durch die in der Mancipatio enthaltene Anwendung der Aes et Libra Sollennität verschwunden ist. (Bd. II §. 238.) Dieser Privatact ist das Nexum, die darauf contrahirte Geldschuld heißt nexum aes,[s]) ihre Wirkung ist der des iudicatum und confessum aes analog.

Wenn freilich der Schuldner das nexum aes leugnet, so entsteht zwischen seinem Binder und dem Gläubiger noch nachträglich ein Verfahren, welches entweder mit Abwendung der Wegführung (Bd. II §. 162 b) oder einem zweiten Judicat auf den doppelten Betrag des Darlehns endigt.[t]) Allein dieses Verfahren ist kein zweiter vollständiger Rechtsstreit über die Forderung, sondern ein der sententiae in duplum revocatio entsprechendes Rechtsmittel gegen die Damnatio (Bd. II §. 181): gegen einen Geständigen oder Verurtheilten giebt

---

r) Lex rubria c. 21. Paul. sent. II. 1 §. 5: si quis debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, sed ad solutionem compellitur.

s) Festus v. nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.

t) Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. (1848) XIV. S. 311—322.

es keinen Proceß mehr über die ursprüngliche Schuld oder Nichtschuld, keine indebiti condictio, einem solchen Proceß würde die Regel: res iudicata pro veritate accipitur, qua de re semel actum est, de ea amplius agi non potest, entgegenstehen, dem Verurtheilten bleibt nur noch das durch Succumbenzstrafe des Doppelten beschränkte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde wider das Judicat (vgl. unten §. 319 Not. q. r): gegen das eigene Geständniß wird auch dieses versagt (Bd. II §. 181 e).

Die Execution beginnt aber nicht etwa schon mit dem Verfalltage, an welchem der Schuldner das Capital zurückzuzahlen versprochen hat. Von hier an hat er zunächst noch die dreißig iusti dies des Confessus und Judicatus (Bd. II §. 179 g. h), erst wenn er auch diese gesetzliche Zahlungsfrist ungenützt verfließen läßt, ist er der Abduction des Gläubigers ausgesetzt,[u]) dieser ist befugt, Hand an seine Person zu legen[v]) und ihn mit sich nach Hause zu führen, er selbst ist genöthigt, sich der Abduction zu fügen, sich dem Gläubiger als Pignus zu überlassen (nexum se dare), das nexum aes ergreift nun die Person, der Schuldner selbst wird zu einem nexus.[w]) Widersetzlichkeit gegen die Privatpersonalpfändung wäre unerlaubte

---

u) Dionys. VI. 83: *τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις κατέχεται.* Nur ein solcher *ὑπερήμερος* ist *ἀγώγιμος.*

v) Die Forma der Manus Injectio erhellt aus Gaius IV. 21, welcher zwey Formen unterscheidet, die eine gegen den Judicatus, die andere gegen den Damnatus (sine iudice): quod tu mihi *damnatus es* X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi X milium *pro iudicato* manus inicio. Diese gieng gegen den Nexus (Bd. II §. 162). Huschke's (a. a. O. S. 66. Note 76) Zusatz: *iure nexi* (damnatus) ist der manus iniectio pro iudicato fremd.

w) Liv. VIII. 28. (von der Lex Pötelia:) ligari nexi desierunt. Festus v. nectere ligare significat. Gai. IV. 21: domum ducebatur ab actore et vinciebatur.

Selbsthülfe,[x]) gegen die dem Gläubiger nöthigenfalls ein Interdict zum Schutz der Ductio zu Gebote stände,[y]) da jedoch der Gläubiger in der Manus Injectio kein Jus, sondern nur die Corporis Retentio in Anspruch nimmt,[z]) dem Schuldner also das Recht der Libertas bleibt, so muß Jener, wenn aus diesem ein Vinder auftritt, in die Erörterung des rechtlichen Anspruchs eingehen (Note x). Daher hält der Gläubiger den Nexus in Kost und Arbeit wie einen Knecht, auf den Landgütern arbeiten auch die Schuldknechte in Haufen zu funfzehn,[aa]) gegen die Fugitivi konnten noch größere Freiheitsbeschränkungen nöthig werden,[bb]) im Ganzen aber giebt es unter ihnen eben sowohl soluti als vincti oder clausi (Bd. II §. 179 S. 235 ff.) und Nexus heißt der Schuldner nicht weil er gefesselt, sondern wiefern er gleichsam als persönliches Pfand, als pignori nexus seinem Gläubiger verhaftet ist.

Das Recht der Privatpfändung geht aber noch über die Person des Schuldners hinaus, es erstreckt sich auf dessen Familia, auf Söhne und Enkel, soweit er sie nicht vorher durch Emancipation vor der Verwickelung in sein Unglück bewahrt

---

x) Gai. IV. 21: nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat.

y) Es ist natürlich kein possessorisches wie beim Pignus (Rudorff, Zeitschrift für gesch. R. W. XIII. S. 194—209), an einem liberum corpus gäbe es keine corporis possessio, sondern nur eine corporis retentio. Aber die Analogie der prohibitorischen Interdicte für die Abduction eines freien oder unfreien Menschen paßt vollkommen. Dieß übersieht Huschke a. a. O. S. 79.

z) Die Manus Injectio enthält keine Vindication als Schuldknecht, keine Assertion eines Jus über den Judicatus, sondern nur die Begründung eines Pignus, also Angabe 1) der Schuld, 2) des Factums der Prehensio.

aa) In dem Aufstand der Nexi im Jahr 259 (Liv. II. 23) klagt ein Schuldner: ductum se a creditore non in servitutem sed in ergastulum et carnificinam.

bb) Liv. VI. 15: eximendo de nervo cives nostros, prohibendo iudicatos addictos duci.

hatte,[cc]) auf das Vermögen, sofern davon etwas übrig, oder noch in der Schuldknechtschaft erworben ist.[dd]) Natürlich hütet sich der Schuldner, welcher noch bewegliche oder unbewegliche Güter besitzt, sich und die Seinigen der Pfändung auszusetzen, die Schuldgefangenschaft trifft daher nur die Insolventen, der Nexus, welcher den Schuldneraufstand des Jahrs 259 veranlaßte, klagt über seinen successiven Ruin in folgender Abstufung: aes alienum — cumulatum usuris primum se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis: postremo velut tabem pervenisse ad corpus. Da aber auch dem Insolventen noch Trümmer vormaligen Wohlstandes geblieben seyn können, so fand sich der Consul Servilius veranlaßt, in das Generalmoratorium, welches er für die Dauer des Kriegs den Schuldnern und Schuldgefangenen ertheilte, die Bestimmung aufzunehmen: ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, liberos nepotesque eius moraretur.

So hat der Gläubiger ein generelles Abductions- und Retentionsrecht[ee]) an der Person und Familia des Schuldners bis zur Zahlung oder was dieser gleich steht. Dieses Recht ist unter den sächlichen Pfandrechten dem Pignus, nicht der Fiducia verwandt, ja an den Sachen des Schuldners ist es ein eigentliches Pignus. Der Schuldner hat also Freiheit, Civität, Ehre, Familiengewalt, Eigenthum dem Recht nach behalten, nur den Besitz dieser Rechte hat er an den Gläubiger verloren, er ist ein liber homo, qui servit, ohne jene Rechte könnte er nicht in den Legionen dienen und der Vindication seines Vinder fehlte jede rechtliche Grundlage. Aber selbst der Besitzverlust ist nur ein zeitweiliger, mit dem Zahlungstage

cc) Dionys. VI. 26: *ἀπήχθην δοῦλος ὑπὸ τοῦ δανειστοῦ σὺν υἱοῖς δυσίν.* 29: *γένος αὐτῶν ἀπάγειν.*

dd) Liv. II. 24 (Bd. II §. 179. S. 236 f.) Dionys. VI. 29. (Edict des Servilius 259:) *τὰς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξεῖναι μήτε κατέχειν, μήτε πωλεῖν, μήτε ἐνεχυριάζειν.*

ee) Liv. II. 24: retinendi ius. Vgl. Bd. II §. 179 Note x.

oder der Abfindung des Gläubigers fällt die entzogene Ausübung ohne Rechtsact an den Schuldner zurück.[ff]) Und hier ist es, wo sich der Nexus von dem Mancipatus unterscheidet, welcher in das Jus des Andern übergeht, mit der Behauptung: hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emtus esto hoc aere aeneaque libra vom Vater oder Coemptionator mancipio empfangen wird (§. 284 Note f) und daher erst durch den juristischen Act der Freilassung die rechtliche Selbstständigkeit wieder gewinnen kann, welche Jener niemals verloren hat. Man hat diese Erhaltung der rechtlichen Unabhängigkeit der Nexi auf ein angebliches Zwölftafelgesetz: nexo solutoque forcti sanatique idem ius esto zurückführen wollen. Da sie aber aus ihrer Gleichstellung mit den Judicati ohnehin folgt, so muß für die lückenhafte Stelle, welche uns einige abgerissene Bruchstücke jenes Gesetzes aufbewahrt hat, eine andere Beziehung gesucht werden. Diese fand schon Richard Vitus in einer gewissen Colonien oder latinischen Bundsgenossen gewährten Amnestie, kraft deren das durch ihren Abfall von Rom verwirkte Commercium zurückgegeben wird, soweit es die treu gebliebenen besitzen, eine Meinung, die jetzt Huschke auf das sorgfältigste begründet hat.[gg])

Seitdem die Lex Valeria (Bd. II §. 162 Note m) die Privatpersonalpfändung auf Judicat und Depensum beschränkt hatte, hörte die executorische Kraft des Nexum auf. Der Nexusschuldner braucht sich im Fall einer Manus Injectio nicht auf

ff) Varro de lingua lat. VII. 105 (Müller): liber qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam (quadam? Huschke: qua damnas) debebat, *dum solveret*, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. L. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6) Rudorff Zeitschrift für gesch. RW. XIII S. 186 f.

gg) Vitus ad leges decemvirorum (1597) p. 71 „permittit lex ista forti sanatique ius esse simile in nexu h. e. in obligatione contrahenda.“ Huschke a. a. O. S. 245—254, welcher bey Festus p. 321, 17. 18 (Müller) restituirt: nex*i mancipiique idem quod p. R.* forti sanati*que supra infraque Romam ius esto.*

das Jus zurückzuziehn, er kann sich ohne Hülfe eines Binder im Besitz seiner Freiheit behaupten (manum sibi depellere), er kann sich vollständig und gefahrlos, ohne Beschränkung auf eine bloße in duplum revocatio, selbst vertheidigen (pro se lege agere). Dadurch löst sich die Manus Injectio pro Judicato in eine In Jus Vocatio auf, erst nach mißlungener Vertheidigung tritt eine Manus Injectio Judicati ein. Die Lex Poetelia über die Judicati (Bd. II §. 179) enthielt zwey durch schweren Mißbrauch des Pfändungsrechts gegen einen jugendlichen Nexus veranlaßte[hh]) Bestimmungen über das Nexum. Die eine war transitorisch. Die damaligen Nexi sollten der Haft entlassen seyn, sofern sie schwören würden, hinlängliches Vermögen zu besitzen, um ihre Gläubiger zu befriedigen (Bd. II §. 162 Note o. q). Diese Maßregel bewirkte, daß nur eigentlich Insolvente, deren Retention und Arbeit dem Gläubiger das einzige Befriedigungsmittel bot, der Haft unterworfen blieben.[ii]) Daß unter dieser Haft jener gemilderte Schuldarrest verstanden seyn sollte, bey welchem Fluchtversuche nur durch Vincula verhindert werden dürfen, versteht sich nach einem andern Kapitel des Gesetzes, welches die alten schweren Fesseln auf Strafgefangene beschränkte Note w (Bd. II §. 162. 179 Note v), von selbst. Von dauernderer Wirkung war eine zweite Bestimmung des poetelischen Gesetzes. Sie verbot die Privatpfändung gegen jeden Nexus und nöthigte dadurch den Gläubiger, auch den auf die Vertheidigung, welche die Lex Valeria gestattet, Verzichtenden statt nach seinem Hause vor Gericht zu führen, um einen Abductionsbefehl auszuwirken, den aber der Prätor gegen einen Nexus wie der, welcher die Lex veranlaßte, causa cognita auch verweigern konnte.[kk]) In=

---

hh) Bd. II §. 162 N. o. Dionys. fragm. 16, 9. Val. Max. VI. 1 §. 9. Suidas v. Γάϊος.

ii) Donat. ad Terent. Phorm. II. 1. 20: obaerati, cum solvendo non essent, ipsi manu capiebantur.

kk) L. 3 §. 4—6 D. de lib. exhib. (43, 30.)

dem aber so statt der Privatpfändung nur noch der gewöhnliche Proceß eintrat, verlor das Geschäft sein vornehmstes Interesse und kam, wo es nicht des Zeugenbeweises wegen beliebt ward, außer Anwendung, wenn es gleich in der Lex Poetelia nicht direct verboten war. Dadurch gewannen die Darlehen ohne Damnatio, sowohl die civilen durch Sponsio, als die naturalen durch einfache Tradition und Stipulation, die längst auch unter Bürgern nicht gefehlt haben werden und bey andern fungibeln Sachen als römischem Geld sogar die einzig möglichen gewesen waren, einen so breiten Raum, daß bald die letzten Spuren des civilen Nexum aus dem wirklichen Leben verschwunden waren. R.)[ll]).

Im spätern Recht seit dem poetelischen Gesetz war die Klage auf certa pecunia credita, die condictio certi dadurch ausgezeichnet, daß eine sponsio poenalis stattfand auf den dritten Theil der eingeklagten Summe. Diese Klage konnte sich ein Gläubiger durch Stipulation und Fixirung der Forderung auf eine bestimmte Summe verschaffen,[mm]) nach prätorischem Recht auch durch bloßen Vertrag, das Constitutum, bey der actio constitutae pecuniae mußte eine Sponsion auf

---

ll) (Das Folgende ist aus dem Collegienheft für Institutionenvorlesungen vom Jahre 1843. R.)

mm) Gai. IV. 13. 171. Cic. pro Rosc. com. c. 4. Savigny System V. S. 532. 611. (Andere Abkürzungen des ordentlichen Prozesses lagen in der interrogatio in iure [lex rubria c. 21] dem Eideszwang und der Execution durch prätorische Zwangsmittel [§. 179 Not. x] anstatt der Beweise [Gell. N. A. XIV, 2] und der schwerfälligen bonorum venditio des ordentlichen Rechts [§. 269 r. Bd. II. §. 162 f]. Der Prozeß erhielt, da es sich um eine perfidia debitoris handelte, einen mehr inquisitorischen dem strafrechtlichen sacramento interrogari [Festus v. sacramentum und sacramento p. 344 Müll.] verwandten Charakter [vgl. de Weyhe libri tres edicti. p. 198]. Bei certa pecunia fiel auch die Litis Aestimatio regelmäßig aus [Bd. II §. 166 r]. Die Voraussetzung dieser Abkürzungen ist, wie im heutigen Executivprozeß, nicht mehr die executorische Clausel, sondern ein certum, d. h. die Liquidität des Anspruchs sowohl in Ansehung des Grundes [Bd. II §. 165 kk] als des Gegenstandes [§. 259 a bis b]. R.)

die Hälfte geleistet werden.[nn]) Dieß galt bloß, wenn eine Geldsumme constituirt war, die Verbindlichkeit aus dem Constitutum wurde aber ausgedehnt auf fungible Sachen überhaupt, jedoch ohne die Sponsio. Justinian erweiterte sie auf alle Gegenstände, nur ist im justinianischen Recht die Sponsio überall weggefallen. Im alten Recht gab es noch eine besondere Klage, wenn ein Argentarius constituirte (z. B. wegen eines übernommenen Depositums) und zwar bey allen Sachen: die recepticia actio.[oo]) Vielleicht kam hier ebenfalls eine Sponsio vor und zwar in allen Fällen, nicht bloß bey pecunia.

Ein Zwang für den Schuldner liegt endlich auch darin, daß er selbst für den Fall der Nichtleistung eine Strafe verspricht: die Conventionalstrafe. Dieß hat den Vortheil, daß der Gläubiger des Beweises des Interesses überhoben wird, das durch die Conventionalstrafe fixirt ist.

Entstehung der Obligatio.[a])

CCLXX. Die Rechte an Sachen entstehen auf verschiedene Art und sind doch immer dasselbe Recht mit demselben Inhalt. Auch die Obligatio entsteht auf verschiedene Art, aber sie erhält durch die verschiedene Entstehung stets einen verschiedenen Inhalt. Es giebt eine unendliche Menge einzelner Obligationen, jede hat die ihr eigenthümliche Entstehung, eine

---

nn) Gai. IV. 171. L. 18 §. 2 D. de pec. const. (13, 5.) (Bd. II §. 162 f. Im Interesse des Constituenten erhielt die Sponsio den Vorbehalt: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse. L. 18 §. 1 D. eod., auch bei dem constitutum debiti alieni Gai. III. 124, nur der Argentarius wurde vor Justinian im Interesse des öffentlichen Credits mit diesem Einwand zum Separatum [condictio indebiti] verwiesen. L. 2 pr. 2 C. de const. pec. [4, 18.] R.)

oo) Theoph. paraphr. IV. 6. 8. L. 2 §. 1 C. de const. pec. (4, 18.) (In Rücksicht auch auf diese Klage wurde in der Lex Cornelia §. 264 u und beim Eideszwang „pecunia" auf omnes res bezogen. L. 34 pr. L. 14. 36 D. de iure iur. [12, 2.] R.)

a) Gaius III. 88—162. 182—225. Inst. III. 14—28. IV. 1—5.

andere Entstehung begründet eine andere Obligatio (Bd. II S. 178 f.). Daher werden die Obligationen nach ihrer Quelle benannt, ohne diese läßt sich die besondere Obligatio gar nicht bezeichnen.

Die einzelnen Entstehungsarten lassen sich auf allgemeine Classen zurückführen. Zuerst ist das Formelle derselben darzustellen. Vor allem muß unterschieden werden: absichtliche Hervorbringung und unwillkührliche Entstehung. Diese letzte geschieht theils ohne alle Handlung, theils durch Handlungen, die aber nicht in dieser Absicht vorgenommen zu seyn brauchen: Rechtsgeschäfte oder unerlaubte Handlungen. Also entstehen die Obligationen: 1) durch Rechtsgeschäfte mit und ohne diese Absicht, 2) aus unerlaubten Handlungen, 3) durch Zustände, z. B. Besitz einer Sache, Bereicherung.

Gaius in den Institutionen unterscheidet contractus und delicta. Contractus sind überhaupt obligatorische Geschäfte, im engeren Sinne die absichtlich hervorgebrachten, die Institutionen Justinian's setzen noch hinzu Quasicontracte. Ebenso bey den Delicten Quasidelicte. An einem anderen Orte ferner Gaius:[b]) contractus, delicta, variae causarum figurae, dieß ist eine Vervollständigung jener Eintheilung durch einen generellen Zusatz, der alle anderen Fälle, z. B. die Entstehung durch Zustände, begreift.

Die Entstehung kann von ihrer materiellen Seite betrachtet werden, von der Seite des Einflusses der Entstehung auf den Inhalt. Auch in dieser Beziehung ist ein natürlicher Gegensatz von Geschäftsobligationen, die den Bedürfnissen des Verkehrs genügen, und Delictsobligationen, die nur als Hülfe für eine Rechtsverletzung, also zum Schutz anderer Rechte existiren.

Allen Geschäftsobligationen liegt ein credere zu Grunde, ein Anvertrauen eines Vermögensbestandtheils, der dem Gläu-

b) L. 1 pr. D. de obl. et act. (44, 7.)

biger gebührt, der aber für jetzt in die Macht des Schuldners gestellt ist, und der dem Gläubiger erst werden oder wieder werden soll durch Vermittlung des Schuldners.

Je mehr nun der Gläubiger auf die Vermittlung des Schuldners gestellt ist, je vollständiger das, was ihm werden soll, aus der unmittelbaren Herrschaft des Gläubigers herausgetreten ist, desto vollkommener ist das credere, desto mehr ist aber auch eine strenge Rechtshülfe Bedürfniß. Daher sind ausgezeichnet die Obligationen, welche auf einem dare beruhen, auf dem Uebergang des Eigenthums an den Schuldner, der zur Rückgabe verpflichtet ist, also einem Verlust der Vindication. Dieß ist res credita im vollständigsten und eigentlichen Sinn, daraus entsteht die condictio. Es giebt aber Geschäfte, die auch ohne eigentliches dare den Schuldner in dieselbe Lage stellen, stipulatio und litterae. Daher ist die res credita mit der condictio entweder data oder stipulata oder expensa lata. [c])

Diesen gegenüber stehen die Geschäfte, bey denen zwar auch ein Vermögensbestandtheil dem Schuldner anvertraut ist, aber so daß er zu complicirteren Leistungen verpflichtet wird, und bey denen zugleich Verpflichtungen des Gläubigers eintreten, z. B. fiducia, Führung fremder Geschäfte, Societät, Kauf ꝛc. Dieß sind die bonae fidei obligationes. [d])

---

c) Cic. pro Rosc. com. c. 5: pecunia petita est certa — haec pecunia necesse est, aut data aut expensa lata aut stipulata sit. (Eine kürzere, gleichfalls sehr alte Bezeichnung derselben Begriffe ist: res, verba, litterae. Terent. Ad. II. 1. 9. Cic. ad fam. VII. 17: [an Trebatius] et mihi saepe litteris significavit et tibi et verbis et re ostendit. L. 2 §. 5 D. de R. C. [12, 1]: verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. R.)

d) (Die contractus im engsten Sinne, d. h. die Rechtsgeschäfte aequo iure d. h. mit gegenseitigen Obligationen L. 5 §. 2 D. commod. [13, 6] L. 23 D. de R. I. [50, 17] Gai. III. 137. R.)

Von den obligatorischen Rechtsgeschäften.

CCLXXI. Die Rechtsgeschäfte, wodurch eine civilis obligatio hervorgebracht wird, heißen contractus. Insonderheit die, deren Absicht auf diese Wirkung gerichtet ist. Von Rechtsgeschäften, deren Zweck gerade diese Wirkung nicht ist, die also diese Absicht in dem Handelnden nicht voraussetzen, z. B. Antritt der Erbschaft, der Vormundschaft, Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, wird gesagt: obligatio quasi ex contractu nascitur.

Bey den Contracten ist Inhalt und Form zu unterscheiden.

Die Contracte haben eine Uebereinkunft in sich, einen Vertrag, conventio, pactio, sie sind Verträge. Vertrag ist die erklärte Uebereinstimmung Mehrerer in die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse oder deren Hervorbringung.[a]) Das Rechtsverhältniß kann eine Obligatio seyn, und zwar eine hervorzubringende (obligatorische Verträge; es giebt auch liberatorische, ja Verträge, die sich gar nicht auf eine Obligation beziehen, z. B. der hypothekarische Vertrag, Bestellung der Servitut, Ehevertrag).

Die nähere Zergliederung dieses Begriffs giebt folgende Erfordernisse: 1) Abschließung von mehreren Paciscenten, von denen der eine verpflichtet, der andere berechtigt werden soll, oder beide gegenseitig berechtigt und verpflichtet, gegenseitige Verträge, 2) Uebereinstimmung, consensus, wo kein Consens über die wesentlichen Punkte des Vertrags vorhanden ist, existirt kein Vertrag. So wenn über den Gegenstand, über die Identität der Person dissentirt ist. 3) Erklärung der Uebereinstimmung, Einwilligung: Versprechen und Acceptation. Ein bloßes Versprechen, pollicitatio, bringt keine Obligatio hervor.[b]) Nur ausnahmsweise hat das ius civile ihr

---

a) Duorum pluriumve in idem placitum consensus L. 1 §. 2. 3 D. de pact. (2, 14.)

b) Paul. sent. V. 12, 9 : ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur.

in gewissen Fällen eine Wirkung beigelegt; der Hauptfall ist die pollicitatio an eine res publica.[c]) Der Vertrag ist perfect, wenn die Einwilligung über alle wesentlichen Punkte vollständig erfolgt ist. Die vorhergehenden Verhandlungen, bloße Tractate, sind nicht verbindlich. Eine Conventio ist möglich nicht bloß durch ausdrückliche Willenserklärung (förmliche oder formlose), sondern auch durch stillschweigende, oder andere Handlungen, die nicht ausschließlich die Absicht der Erklärung haben. 4) Dem Versprechen muß eine materielle Causa zu Grunde liegen: Schenkung, Vergeltung, Tilgung einer bestehenden Obligatio. Ohne eine solche causa debendi entsteht auch nach Jus Gentium keine Obligatio aus dem Vertrag.[d]) Daher ein Schuldschein, worin die Causa nicht ausgedrückt ist, nicht beweist.[e])

Der bloße Vertrag aber, das pactum, ist mit Ausnahme einiger Fälle nicht hinreichend, eine obligatio hervorzubringen.[f]) Der Vertrag muß die Eigenschaft eines Contracts er-

---

c) D. L. 12. de pollicitationibus. (Das Wort scheint nicht mit liceri sondern mit pollucere verwandt. Plaut. Stich. I, 3. 80 uti decumam partem Herculi polluceam. Vgl. L. 2 §. 2 L. 9 h. t. Daraus erklärt sich die Gleichstellung mit dem Gelübde und die Klagbarkeit. R.)

d) (Gegen diese besonders durch Liebe, die Stipulation 1840 S. 76 f. in Aufnahme gekommene Vorstellung vgl. jetzt: Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung. 1850 S. 198. Not. 7. R.)

e) L. 25 §. 4 de probat. (22, 3.) (Diese Stelle gehört jedoch erst der spätesten Zeit an, da sie offenbar aus L. 13 C. de non num. pec. [4, 30] [von Justin] interpolirt ist: man wollte das Recht der non numerata pecunia, nach welchem bei Darlehnsurkunden der Gläubiger die numeratio beweisen muß, auf alle Schuldurkunden überhaupt ausdehnen, in welchen die causa nicht ausgedrückt ist. Windscheid a. a. O. S. 202. R.)

f) L. 1 §. 2 D. de V. O. (45, 1): Si quis ita interroget, dabis? responderit: quidni? is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra, si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, quia ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem. L. 7 §. 4 D. de pact. (2, 14): nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Ueber die Frage:

halten, um eine klagbare Obligatio zu erzeugen. Diese Eigenschaft liegt in der Form, die formelle causa obligationis macht den Vertrag zum contractus (causa civilis). Die Contractsformen sind theils eigenthümlich römische, theils allgemeiner Natur, dem Jus Gentium zugeschriebene. Hiernach sind die Contracte entweder iuris civilis oder iuris gentium. Der praktische Unterschied liegt darin, daß der letzteren die Peregrinen fähig sind. Im justinianischen Recht hat dieser Unterschied keine Bedeutung mehr, während der Grundsatz, daß ein bloßes Pactum nicht zu einer klagbaren Obligatio hinreicht, geblieben ist.

Es giebt vier Formen klagbarer Contracte: res, verba, literae, consensus. Einige dieser Formen sind allgemein für alle causae debendi anwendbar, verba, literae (formelle Contracte), wenige dagegen sind von der Beschaffenheit, daß ihre Anwendbarkeit auf gewisse Obligationen (mehr oder weniger) beschränkt ist: res, consensus.

CCLXXII. Obligationen können re contrahirt werden, so daß die Leistung eines Gegenstands der formelle Grund der Forderung einer anderen Leistung ist.[a])

Die Res kann seyn Mancipation einer Sache, mit einer dieselbe betreffenden Uebereinkunft: 1) Verpflichtung zur Remancipation an den Mancipanten, Fiducia, hieraus entsteht die fiduciae actio, welche bonae fidei ist. So im Fall der Verpfändung, des Depositum, Commodatum u. s. w. Auch eine contraria fiduciae actio für den Empfänger.[b]) 2) Verpflichtung zu sonstigen Leistungen, die den mancipirten Gegen-

---

ob nicht wenigstens eine naturalis obligatio entstehe? welche meistens bejaht wird, vgl. Savigny, Obl. Recht I. §. 9. R.)

a) Gaius III. 90. 91. Inst. III. 14 quibus modis re contrahitur obligatio. (Ueber diese älteste und sinnlichste causa debendi ist jetzt vorzüglich zu vergleichen Liebe, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XV. S. 210 [1841]. R.) *b*) Paul. sent. II. 13, 7.

stand betreffen, entweder des Empfängers oder des Gebers, z. B. Verpflichtung des Verkäufers wegen Eviction und Mängel. Diese Obligationen waren in den Zwölf Tafeln besonders sanctionirt durch Strafe des duplum auf Ableugnung.[c]) Diese beiden Fälle sind contractus iuris civilis.

Die Res kann aber auch ein Hingeben ohne civilrechtliche Form, namentlich Tradition einer Sache seyn, wobey eine Leistung von Seiten des Empfängers versprochen wird (das Versprechen begründet wegen der res eine civilis obligatio). Diese Geschäfte sind contractus iuris gentium. Am ersten ist dieß angenommen worden für das Versprechen der Zurückgabe des Empfangenen. Es giebt vier Fälle die einen bestimmten Namen im Jus civile haben und daher benannte Realcontracte heißen: mutuum, commodatum, depositum, pignus.

Mutuum, Darlehn,[d]) ist Hingeben von fungibeln Sachen auf Rückgabe einer gleichen Quantität derselben Gattung. Der Empfänger wird Eigenthümer, ohne dieß entsteht die Verbindlichkeit nicht.[e]) Die Klage ist bey Geld die condictio certi, bey Getraide condictio triticaria. Sie ist eine stricti iuris

---

c) Cic. de off. III, 16: ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. nam, cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere — 17: nec vero in praediis solum — sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur: qui enim scire debuit, de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto aedilium. Paul. II. 12, 11. (Note r) (Vgl. Bd. II §. 173 Note p. R.)

d) Gai. III. 90. Paul. II. 1. Dig. XII. 1 de rebus creditis, si certum petatur et de condictione. Cod. IV. 1 de rebus creditis et iureiurando.

e) Varro de ling. lat. V. 179 (Müller): si datum quod reddatur, mutuum. L. 2 §. 2 D. eod.: appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit, et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

actio, daher ist beim verzinslichen Darlehn ein besonderer Zinscontract nöthig. Sie ist strengeinseitig, es wird gegen sie keine contraria actio gegeben. Ein S. C. macedonianum unter Claudius gab gegen die Klage aus dem Gelddarlehn an einen Filiusfamilias eine exceptio, die jedoch eine naturalis obligatio zurückläßt.[f]) Das Senatusconsult cessirt in manchen Fällen, z. B. Einwilligung des Vaters,[g]) Irrthum des Gläubigers über jene Eigenschaft seines Schuldners.[h]) Nach Theophilus hatte es von einem Vatermörder Macedo den Namen.[i]) Man könnte sagen, ein Filiusfamilias könne keine Darlehnsobligation eingehen, da er nicht Eigenthum erwerben kann. Allein das Mutuum ist iuris gentium und iure gentium sind die Filiifamilias eigenthumsfähig. Indem man vielleicht bald von jenem Satze abgieng, machte man nachher das Senatusconsult nothwendig. So nahm man von dem Senatusconsult die bona castrensia aus, da sie auch von jener civilrechtlichen Unmöglichkeit des Darlehns ausgenommen waren.

Commodatum, Leihcontract[k]) ist Tradition einer Sache zu bestimmtem unentgeltlichen Gebrauch auf Rückgabe derselben Species. Der Empfänger heißt commodatarius. Derselbe Contract ist das utendum dare,[l]) Labeo braucht jenen Ausdruck nur von beweglichen Sachen, die späteren auch von unbeweglichen.[m]) Der Commodatar wird nicht Eigenthümer, sondern nur Detentor. Die Klage ist die actio commodati. Sie ist eine bonae fidei actio, dem Empfänger steht eine contraria, z. B. wegen außerordentlichen Aufwands, zu.[n])

---

f) Dig. XIV. 6 de S. C. macedoniano. Cod. IV. 28 ad S. C. macedonianum. *g*) L. 2 §. 7 pr. C. eodem.

h) L. 3 pr. §. 1 L. 19 D. eodem.

i) Theophilus §. 7 Inst. quod cum eo (4, 7).

k) L. 1 §. 3 L. 2 D. eodem.

l) Dig. XIII. 6 commodati vel contra. Cod. IV. 23 de commodato.

m) L. 1 §. 1 D. eodem. Vat. fragm. §. 269.

n) L. 17 §. 1 L. 18 §. 2—4 D. eodem.

Das Depositum, Hinterlegungscontract,[o]) wird geschlossen durch Tradition einer beweglichen Sache, damit der Depositar sie bey sich stehen lasse. Der Depositar wird natürlicher Besitzer. Die Rückgabe kann zu jeder Zeit gefordert werden. Aus dem Depositum entsteht die actio depositi, die bonae fidei ist und welcher eine contraria z. B. wegen Verwendung gegenüber steht.[p]) Die depositi actio geht auf das duplum bey Ableugnung des Depositum im Fall einer gemeinen Noth nach prätorischem Edict[q]) (nach Civilrecht nur bey dem Depositum durch Mancipation, wovon natürlich gerade in jenem Fall kein Gebrauch gemacht werden konnte.[r])

Pignus, Pfandcontract[s]) ist Tradition einer Sache zum Faustpfand auf Rückgabe bey Endigung des Pfandrechts, oder wenn diese nur am Gläubiger liegt. Der Empfänger erhält den juristischen Besitz, keine Benutzung. Ist der Vertrag dahin geschlossen, so heißt er ἀντίχρησις, wo eine Art Zinsen, ein Aequivalent für die Benutzung des Geschuldeten gegeben wird.[t])

Später wurde die Contractsform durch Res weiter ausge-

---

o) Collat. X. Dig. XVI. 3. Cod. IV. 34 depositi vel contra.

p) Gai. IV. 47.

q) L. 1 §. 1 D. depositi (16, 3): Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum: in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.

r) Collatio X. 7. §. 11 (Paul. sent. II. 12 §. 11): ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum. (Vgl. Huschke in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 276—280. Rudorff, daselbst XIV S. 457—463. Das älteste Recht behandelte die infitiatio depositi wie ein furtum nec manifestum, erst die ausgebildete Rechtswissenschaft unterschied beide Begriffe L. 67 pr. D. de furtis [47, 2]. R.)

s) Dig. XIII. 7. Cod. IV. 24 de pigneraticia actione vel contra.

t) L. 11 §. 1 D. de pign. (20, 1.)

dehnt. Man sollte sie überall anwenden können, wo von beiden Seiten etwas geleistet werden soll, ohne daß es unter den Begriff eines bestimmten Contracts fällt, auch wo das Geschäft nicht in proprium nomen contractus transit. Jene Uebereinkunft wird dadurch klagbar, daß von einer Seite geleistet wird."[u]) Der Leistende hat eine Klage auf die Gegenleistung, eine actio in factum praescriptis verbis (praescriptis verbis statt der Demonstratio, Bd. II §. 166); in zwey Fällen die nach Analogie des Kaufs behandelt werden, ist dieselbe eine bonae fidei actio. Dieß sind die contractus quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt, unbenannte Realcontracte. In L. 5 D. de praescr. verbis (19, 5) kommt folgendes Schema vor:

1) Do ut des, z. B. rerum permutatio Tauschvertrag, Contractus aestimatorius, es wird eine Sache gegeben mit Aestimation, so daß der Empfänger die Sache oder den Werth zurückbringe. Diese beiden Fälle sind bonae fidei actiones.

2) Do ut facias, z. B. ich gebe Jemand eine Sache, daß er mir einen Dienst leiste (ohne daß es locatio conductio ist) oder sonst etwas thue, z. B. einen Sclaven freilasse, überhaupt Alles was nicht dare ist.

3) Facio ut facias, Leistung und Gegenleistung bestehen hier in reinem Thun überhaupt, nicht in Uebertragung des Eigenthums (dare).

4) Facio ut des. Hier war eine Controverse unter den römischen Juristen. Einige verweigerten hier die actio praescriptis verbis, und gestatteten nur die actio de dolo, andere gaben sie auch außer dem Fall des dolus.[v])

---

u) L. 7 §. 2. 4 D. de pact. (2, 14): sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem — sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.

v) (Vermuthungen über die Ausbildung der praescriptis verbis actio s. bei Liebe, die Stipulation [1840] S. 346 und Zeitschr. für Civilr. und Proceß XV S. 194 f. R.)

Es giebt noch eine Classe von Obligationen, die re entstehen, aber ohne daß die Leistung, die gefordert werden kann, versprochen worden ist. Wenn etwas aus unserm Vermögen in das Vermögen eines Andern übergegangen ist, sein Eigenthum geworden ist, durch unser Zuthun, oder ohne dasselbe, so daß er es ohne rechtlichen Grund hat, so haben wir eine condictio auf Rückgabe. Die Verbindlichkeit gründet sich nicht auf ein Versprechen, ist also nicht obligatio ex contractu, sondern auf das rechtlose Haben. So wenn jemand etwas gegen eine zu erwartende Gegenleistung gegeben hat, ob rem, ob causam futuram und diese erfolgt nicht, so hat er die condictio ob rem datorum, die condictio causa data causa non secuta.[w]) Dieser Fall tritt ein bey jenen Innominatcontracten, solange die Gegenleistung nicht geschehen ist. Der Geber hat die Wahl ob er auf das Versprochene mit der actio praescriptis verbis klagen (das Verhältniß als Contract behandeln) will, oder ohne auf den Contract Rücksicht zu nehmen, aus dem Grund klagen will, daß der Empfänger das Geleistete rechtlos hat: er kann sich den Contract gereuen lassen, was bey andern Contracten nicht einseitig geschehen kann.[x]) Ferner wenn etwas ob causam futuram gegeben ist, aber die Geltendmachung der causa eine Unsittlichkeit für den Empfänger wäre, so ist es gleichviel ob sie eingetreten ist oder nicht, der Geber hat hier die condictio ob turpem causam.[y]) Sodann hat bey der indebiti solutio, wenn ein entschuldbarer Irrthum stattgefunden hat, der Zahlende die condictio indebiti. Dieß ist der einzige Fall, wo ob falsam causam praeteritam Repe-

w) Dig. XII. 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. IV. 6 de condictione ob causam datorum.

x) L. 3 §. 2 D. eodem: Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum.

y) Dig. XII. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam. Cod. IV. 7 de condictione ob turpem causam.

tition eintritt.[z]) Wenn jemand sein Vermögen durch Delict auf Kosten anderer vermehrt hat, so wird die condictio ob iniustam causam gegeben.[aa]) Eine condictio ex lege findet Statt, wenn der Grund der Rechtlosigkeit in einer Lex liegt. Z. B. lex Cincia.[bb]) Für andere Fälle der Grundlosigkeit tritt suppletorisch die condictio sine causa ein.[cc]) Alle Condictionen setzen voraus daß der Kläger nicht mehr Eigenthümer, das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen ist. Dieß hat eine Ausnahme bey der condictio furtiva, wo die Klage stattfindet, obgleich der Bestohlene noch Eigenthümer ist.[dd])

Diese Klagen sind stricti iuris actiones, doch dadurch ausgezeichnet, daß sie auch auf die Früchte der Sache gehen, die ja auch sine oder ex iniusta causa im Vermögen des Beklagten sind.[ee])

CCLXXIII. Ferner kann eine Obligatio verbis contrahirt werden. Jeder Vertrag kann diese Form annehmen, nur nicht gegenseitige Verträge als solche.

Die älteste verborum obligatio ist das Nexum (im weitesten Sinne).[a]) Die Zwölf Tafeln enthalten den Satz: cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto.[b]) Es genügt also nicht die bloße Nuncupatio, es muß

---

z) Dig. XII. 6. Cod. IV. 5 de condictione indebiti.

aa) Dig. XII. 5. Cod. IV. 9.

bb) L. un. D. de cond. ex lege (13, 2): si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. (Was legis vicem hat, wie das Senatusconsult, steht der lex gleich L. 9 §. 1 D. de reb. cred. [12, 1.] R.)

cc) Dig. XII. 7. Cod. IV. 9.

dd) Gaius IV. 4. §. 14 Inst. de act. (4, 6.)

ee) L. 38 §. 1—3 D. de usur. (22, 1.)

a) (Vgl. über diese Frage jetzt Huschke, Recht des Nexum S. 25—27. R.)

b) Manche, so M' Manilius, Aelius Gallus (Festus v. nexum) ja selbst noch Cicero (de or. III. 40, de re publ. I. 17, parad. V. 1 §. 35) nahmen hier nexum für das Genus (omne, quod per aes et libram fit),

das Nexum, Aes et Libra, fünf Zeugen, und wenn das Geschäft sofort executorisch seyn soll, auch noch eine Damnatio hinzukommen.[c])

Bald wurde aber auch den bloßen verba die Wirkung einer Obligatio beigelegt. Zwey Classen von Fällen sind zu unterscheiden: 1) bloß verba des zu Verpflichtenden: dotis dictio (§. 292) und votum Gelübde das unter religiöse Sanction gestellt ist. Daraus hat sich die iurata promissio liberti, dem Patron Dienste zu leisten, gebildet; 2) verba beider Theile, Stipulation,[d]) der wichtigste Fall der Verborum Obligatio. Stipulation ist die Einkleidung des Vertrags in mündlich gesprochene Frage und Antwort. Dare centum spondes? spondeo. Dabis? dabo. Promittis? promitto. Das Wesen der

---

mancipium für eine Species des Nexum. Dagegen bemerkte Q. Mucius, daß schon die Decemvirn zwey Anwendungen der Aes et Libra Sollennität, die Obligatio und die Mancipatio unterscheiden, welchen richtigen Gedanken Varro durch die unrichtige Etymologie (nexum = nec suum) zu unterstützen meinte Bd. II §. 238 p.

c) (Walter, Geschichte des röm. Rechts S. 641 f. Danz, Lehrb. S. 102 und Andere führen die executorische Kraft des Nexum auf ein Versprechen des Schuldners zurück dem Gläubiger wie ein Verurtheilter haften zu wollen. Allein ein Versprechen dieses Inhalts würde immer noch eine Klage nöthig machen, während die Execution eine wirklich geschehene Judicatio durch einen Richter oder eine Damnatio durch einen Gesetzgeber voraussetzt. Richtiger läßt daher Huschke, Recht des Nexum S. 50 den Gläubiger, als Gesetzgeber in der Privatrogation vor der fingirten Volksversammlung die Damnation mit den Worten aussprechen: quod ego tibi mile libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum iure nexi dare damnas esto. Nur ist statt dedi, wenn das Darlehen gleich Anfangs executorische Kraft erhalten soll do zu setzen, und nexas so wie iure nexi kann als überflüssig wegfallen, da das einfache damnas in einer lex publica [Aquilia: L. 2 pr. §. 1 D. ad legem aquil. (9, 2.) Mamilia c. 4. 5] oder privata [Damnationslegat: Gai. II. 201. III. 175], natürlich certa pecunia vorausgesetzt, vollkommen hinreicht, jene Wirkung hervorzubringen. R.)

d) Gai. III. 92—127. Inst. III. 15. Dig. XLV. 1 de verborum obligationibus. Cod. VIII. 38 de contrahenda vel committenda stipulatione. Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840.

Stipulation besteht nicht in bestimmten Wortformeln, daher sogar in verschiedenen Sprachen stipulirt werden kann, sondern in der materiellen Uebereinstimmung von Frage und Antwort, und in dem mündlichen Aussprechen unter Gegenwärtigen. Gewöhnlich wurde des Beweises halber eine Schrift darüber aufgesetzt, cautio: stipulatus est A. A. spopondit N. N. Hier sollte vermuthet werden, daß die Stipulation in gehöriger Weise stattgefunden habe. Später ließ man es gelten wenn Frage und Antwort nur gehörig geschrieben waren.[e]) Leo I verordnete, die Stipulation solle gelten, auch wenn nicht solennibus et directis verbis, sondern mit welchen die Partey wollte, stipulirt ist.[f]) Man kann dieß allenfalls als bloße Einschärfung des Grundsatzes ansehen, daß es bey der Stipulation nicht auf bestimmte Wortformeln ankomme, und diesen Sinn scheint die Stelle im justinianischen Recht haben zu sollen, wo noch der ältere Grundsatz recipirt ist. Eigentlich war die Meinung des Gesetzes wohl die, daß jede wörtliche Erklärung unter Anwesenden, auch wenn sie nicht in Form von Frage und Antwort geschehen sey, als Stipulation gelten solle.[g])

Die Stipulation ist in allen Fällen ein contractus iuris gentium mit Ausnahme eines einzigen: spondesne? spondeo.[h])

---

e) §. 8 Inst. de fideiuss. (3, 20.) L. 30 D. de V. O. (45, 1.)

f) L. 10 C. de contr. stip. (8, 38.) Sie ist Theil einer größern Constitution, von welcher ein anderes Stück, L. 11 C. qui pot. (8, 18) die Pfandbestellung in instrumentis publice confectis betrifft. Bd. II §. 250 ss.

g) Vgl. L. 4 §. 6 C. de recept. (2, 56.) (Die vollständige Beseitigung der Stipulationsformen gehört dem nachjustinianischen Recht an. Nov. Leon. 72. Vgl. Interpr. ad Paul. sent. V. 7. §. 2. R.)

h) Gai. III. 93. 94. (Nach Huschke, Recht des Nexum [1846] S. 100 war die Sponsio „eine eigenthümlich civilrechtliche verborum obligatio, welche mit den Worten dare spondesne? spondeo in Gegenwart von Zeugen, die die alten Stämme repräsentirten und eines öffentlichen Getraidezumessers, an einem heiligen Ort und mit einem religiösen Segensspruch über eine bestimmte Quantität von zugemessenen stipes d. h. ursprünglich Getraidebunden oder deren Ausdrusch, die man bei dem Geschäft formell

Inutilis, ungültig, ist die Stipulation, abgesehen von allgemeinen Vertragshindernissen, z. B. Wahnsinn, unmöglicher Bedingung u. s. w. bey Stummen, Tauben, Entfernten soweit sie nicht durch Sclaven vertreten werden, wegen Nichtcongruenz von Frage und Antwort wenn die eine Aeußerung bedingt, die andere unbedingt ist. Wie verhält sich die Gültigkeit bey Verschiedenheit der Summe? Gaius erklärt die Stipulation für ungültig, Ulpian für gültig auf die geringere, denn in dieser sey die größere enthalten.[i]) Ebenso wenn sonst ein Mehr in der Antwort enthalten ist, z. B. wenn auf die Frage Stichum dare spondes? die Antwort Stichum et Pamphilum gegeben wird. Hier tritt der Grundsatz ein: utile per inutile non vitiatur.[k]) Anders wenn die Antwort lautet Stichum *aut* Pamphilum dare spondeo.

Aus der Stipulation entsteht eine stricti iuris actio, wenn certa pecunia stipulirt ist, die condictio certi, bey einem andern Certum die condictio triticaria, bey einem Incertum die actio ex stipulatu.[l]) Die Stipulation kann aber auch den Zusatz erhalten ex fide bona. Diesen Zusatz erhält auch die Klage in der Demonstratio, nicht in der Intentio.[m]) Die Wirkung

---

durch eine hingegebene Aehre darstellte, vollzogen wurde." Unter andern scheint hier übersehen zu seyn, daß 1) nicht jede Verpflichtung unter den religiösen Formen des Verlöbnisses übernommen zu werden pflegte, bei welchem letztern der Segenswunsch dii bene vertant, spondeo allein erwähnt wird, wie auch Auspicien nur bei Schließung der Ehe, nicht bei vermögensrechtlichen Verträgen üblich waren, 2) daß die Römer die sponsio auf eine Libation zurückführen, indem sie das Wort von *σπένδω*, *σπονδὴ* ableiten: Verrius bei Festus v. spondere p. 329 a Müll. Gai. III, 93 Diomed. III, p. 472. 473 Putsch. Vgl. die Zusammenstellung coniurasse, convovisse, conspondisse, compromisisse, fidem inter se dedisse im S. C. de bacchan. lin. 13. R.)

i) Gai. III §. 102. L. 1 §. 3. 4 D. de V. O. (45, 1.)

k) L. 1 §. 5 D. de V. O. (45, 1.)

l) L. 24 D. de R. C. (12, 1.) (Bd. II §. 165 dd. R.)

m) (Vgl. jedoch Lex rubria. c. 20. R.)

ist eine ähnliche, die Stipulatio wird ein bonae fidei negotium.[n])

CCLXXIV. Literis kann eine Obligatio contrahirt werden, theils nach römischem, theils nach peregrinischem Recht.[a])

Vor allem sind die Fälle auszuscheiden, wo die Schrift nur zum Beweis einer durch einen andern obligatorischen Grund contrahirten Obligatio dient. Bey der Stipulation heißt die Urkunde cautio, chirographum, beim Darlehn nomen arcarium, der Schuldner ist hier verbis oder re, nicht scriptura obligirt.

Eine literarum obligatio dagegen enthalten die nomina transscripticia. Die bestehende Obligatio ist die Causa, ohne die die Litterae eine inhaltlose Form wären. Die Transscriptio geschieht entweder: 1) a re in personam, d. h. der Gläubiger trägt seinen Schuldner als Schuldner ein, der von da an literis schuldet, expensilatio. Expensum ferre bezeichnet die Bemerkung, daß er etwas an den Schuldner gegeben, ihm creditirt hat. Der Schuldner dagegen schrieb es ein als empfangen und daher geschuldet: acceptum referre creditori. Oder 2) a persona in personam, d. h. der Gläubiger trägt statt seines bisherigen Schuldners einen andern ein, der an dessen Stelle tritt: acceptum refert Gaio, expensum est Titio.

Gaius sagt nicht, wo die Eintragung geschah, aus der Sache selbst und seiner Darstellung geht hervor, daß hier nicht

---

n) (Savigny, System V. Beilage XIII. Num. XVII. XIX. R.)

a) Gai. III, 128—134. (Unter den zahlreichen Bearbeitungen [eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen giebt Danz, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts §. 162] sind hervorzuheben: Savigny, über den Literalcontract der Römer [Abh. der Berl. Acad. 1818. Anh. 1818 S. 289 f.] Kraut de argentariis et nummulariis commentatio. 1826. Keller, Beitrag zur Lehre vom röm. Literalcontracte [Sell's Jahrb. 1841. I. S. 93] Schüler die litterarum obligatio des ältern römischen Rechts. 1842. Gneist, die formellen Verträge des neuen röm. Obligationenrechts. 1845. R.)

von einzelnen Handscheinen die Rede ist, auch wissen wir aus andern Quellen, daß die Eintragung in Bücher geschah, die dafür bestimmt waren.

Zur Zeit der freien Republik führte jeder wohlhabende Römer Hausbücher, worin die activen und passiven Obligationen auf Summen eingeschrieben waren, die nicht eingetragenen — unbedeutenden — hießen pecuniae extraordinariae. Die genaue Führung derselben war eine Pflicht, Nachläßigkeit begründete den Verdacht einer Unredlichkeit. Dieß sind die codices accepti et expensi. Unterschieden davon sind die adversaria, das Notizenbuch zu vorläufiger Notirung. Die Eintragung muß mit dem Willen beider Theile geschehen, Gegenwart ist nicht erforderlich.[b])

Zum bessern Beweis wurde die Schuld noch in den Büchern Dritter bemerkt, die ein Gewerb daraus machten, dieß hieß per alterius tabulas pecuniam expensam ferre, es geschah in den Büchern der Bankiers, argentarii, mensularii. Bey diesen Personen blieb die Sitte, als sie später bey den gewöhnlichen Bürgern abkam.[c])

Die nomina transscripticia sind ein contractus iuris civilis, doch behaupteten die Sabinianer a re in personam könne auch ein Peregrine obligirt werden, die Proculianer schlossen die Peregrinen überall aus.

---

b) Cic. pro Rosc. com. 1. Verr. I. 39. ad Att. IV. 17.

c) (Die Regel war ohnehin von jeher, daß das Creditiren durch Ab- und Zuschreiben [transscriptitium nomen] auf das Depositum oder Guthaben in der Bank [mensa], dagegen das Creditiren durch Baarzahlung [arcarium nomen] unmittelbar vom Hause aus [de domo] geschah: Donat. ad Terent. Adelph. II. 4, 13 tunc enim in forum et de mensae scriptura magis, quam ex arca domoque vel cista pecunia numerabatur; Phorm. V. 7, 29 rescribi: per scripturam id est de mensae scriptura dari, unde hodie additur chirographis: domo, ex arca sua vel ex mensae scriptura. Das Ab- und Zuschreiben heißt scribere und rescribere [Schol. Horat. Serm. II, 3. 69 scribere iuris verbum est pro mutuum sumere, rescribere vero est reddere debitum] oder in Bezug auf eine andere bereits bestehende Obligation transscribere. R.)

Dagegen eine literarum obligatio der Peregrinen, die ihnen eigenthümlich war, wodurch Römer nicht obligirt wurden, waren die chirographa und syngraphae (Handscheine), wenn sie nicht bloß über eine geschehene Stipulation als Beweisurkunde aufgenommen waren. Das Pactum war klagbar durch die Form.[d])

Diese alte literarum obligatio kommt im justinianischen Recht nicht mehr vor. Die justinianischen Institutionen sagen jedoch unter der Rubrik de literarum obligationibus,[e]) es gebe noch etwas ähnliches im neuesten Recht.

Wenn jemand einen Empfangschein ausstellt über gelieferte Summen oder eine erhaltene Dos, so ist er gegen die Beweiskraft des Scheins noch einige Zeit gesichert, der Aussteller hat die querela non numeratae pecuniae vel dotis. Die Zeit, nach frühern Constitutionen fünf Jahre, setzte Justinian auf zwey Jahre fest. Der Ablauf der Zeit giebt erst dem Schein die Beweiskraft. In der Regel wird dem Beklagten der Einwand des Nichtempfangs wegen Schwierigkeit des Beweises nichts nützen, darum sagen die Institutionen, er sey nun scriptura obligatus, was eigentlich verstanden ein Irrthum ist.[f])

CCLXXV. In einigen Fällen können Obligationen consensu contrahirt werden, d. h. die Uebereinkunft allein, ohne Form, ist zum Contract erhoben worden.[a]) Die Consensualcontracte sind sämmtlich iuris gentium und bonae fidei negotia. Vier Verträge, bey denen die Nothwendigkeit einer bestimmten Form theils dem Wesen der Obligatio nicht ange-

---

d) (Cic. pro Mur. c. 17: pergitisne tanquam ex syngrapha agere cum populo? Att. VI. 1. 12. 13. Vgl. Gneist, die formellen Verträge des neuern Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts. 1845. Abth. V [die syngrapha]. R.)

e) Inst. III. 21 de litterarum obligationibus. (Gneist a. a. O. Abth. III [der neuere röm. Litteralcontract]. R.)

f) (Gneist, a. a. O. Abth. I. R.)

a) Gaius III. 135–162. Inst. III. 22–26.

messen, theils dem Verkehr hinderlich schien, gehören hierher: 1) emtio et venditio, 2) locatio et conductio, 3) societas, 4) mandatum.

Emtio et venditio, Kaufcontract,[b]) ist ein Vertrag, wodurch ein Gegenstand gegen das Versprechen eines Preises für denselben versprochen wird. Der Käufer heißt emtor, der Verkäufer venditor. Die Klage des ersteren actio emti, die des letzteren actio venditi.[c])

Sehr vielen Verträgen aber liegt das Geben gegen Geben, das Austauschen zu Grunde. Wie unterscheidet sich der Kauf von den übrigen? diese Frage ist für das römische Recht deshalb besonders wichtig, weil nicht jeder solche Vertrag klagbar ist. Das Charakteristische des Kaufs besteht darin, daß die eine Leistung als Preis, pretium, für die andere merx, bestimmt ist. Das pretium muß seyn:

1) certum. Vorher ist kein Kauf abgeschlossen. Kann der Preis auf Schätzung eines Dritten gestellt werden? Labeo erklärt das Geschäft für nichtig, ebenso Cassius; Ofilius und nach ihm Proculus erachteten auch hier den Kaufvertrag für geschlossen; sie behaupteten ohne Zweifel, das pretium sey schon certum, nur noch unbekannt.[d]) Justinian entschied in einer Decision, daß es ein Kauf unter einer Bedingung sey, die Gültigkeit des Geschäfts hänge ab von der wirklichen Schätzung.[e])

2) verum. Das pretium muß in der ernstlichen Absicht, daß es Preis seyn solle gegeben seyn, es darf nicht simulirt

---

b) Gaius III. 139—141. Inst. III. 22 de emtione et venditione Dig. XVIII. 1. Cod. IV. 38 de contrahenda emtione (et venditione) et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt.

c) Dig. XIX. 1. Cod. IV. 49 de actionibus emti et venditi. Vat. fragm. 1—40 ex emto et vendito.

d) Gaius III. 140.

e) §. 1 Inst. de emtione (3, 26).

seyn, wie bey der Absicht es zu erlassen, oder wenn es ganz unbedeutend ist, wie bey der Mancipation und dem nummo uno vendere.

3) numerata pecunia. Dieß war die Meinung der Proculianer, dagegen behaupteten die Sabinianer, auch jede andere Sache könne durch die Bestimmung der Parteien Preis werden. Sie berufen sich darauf, daß ursprünglich der Handel nicht mit Geld getrieben worden sey; die Proculianer hatten aber für sich, daß gerade der spätere Handelsverkehr mit Geld das Bedürfniß der Consensualcontracte hervorgebracht habe. Die Meinung der Proculianer war die herrschende und ist auch im justinianischen Recht recipirt.

Auf der andern Seite fordert der Kauf einen Gegenstand, eine Sache oder einen andern, der eines Preises fähig ist: Waare. Es giebt keine emtio sine re. Bey alternativer Bestimmung ist erst mit der Entscheidung der Kauf perfect. Bey künftigen Sachen, emtio rei speratae, ist Bedingung, daß sie entstehen. Aber es kann auch die Hoffnung selbst, die alea, Gegenstand seyn, emtio spei; hier ist schon jetzt ein Gegenstand vorhanden, unabhängig von der wirklichen Entstehung.[f])

Wenn die Contrahenten über den Preis des Gegenstandes consentiren, und dieß irgendwie erklärt haben, so ist der Contract perfect. Hier wie bey andern durch Consens geschlossenen Verträgen kommt häufig das Geben einer arrha, eines Angeldes vor. In der Regel gilt es als Zeichen des geschlossenen Vertrags, um seine Perfection außer Zweifel zu setzen.[g]) Wenn die Parteien schriftliche Abfassung belieben, wird eigentlich auch die Perfection nicht aufgeschoben; nach einer Verordnung Justinian's soll jedoch der Rücktritt bis zur Abfassung gegen Verlust der arrha oder ihres Werthes möglich seyn.[h])

---

f) L. 8 D. de contr. emt. (18, 1.)

g) Gaius III. 139.

h) pr. Inst. de emt. (3, 23.)

Vermöge der gegenseitigen Obligatio ist der Käufer zum Geben des Kaufpreises verpflichtet. Er hat seine Verbindlichkeit nur erfüllt, wenn er den Verkäufer zum Eigenthümer der Geldstücke gemacht hat.

Die Verbindlichkeiten des Verkäufers sind folgende: 1) Tradition der Sache, zur Mancipation oder In Jure Cessio ist er nur verpflichtet, wenn es verabredet ist. 2) Er ist nicht schlechthin verpflichtet, den Käufer zum Eigenthümer zu machen, sondern zum Besitzer und ihm dafür einzustehen, daß er die Sache behalten dürfe, er muß rem habere licere praestare.[i]) Wenn ein Anderer vermöge eines Rechts, das er damals schon hatte, die Sache evincirt, so hat der Käufer die actio emti auf das Interesse.[k]) Gewöhnlich aber wird eine bestimmte Summe evictionis nomine stipulirt, die dupla des Preises, namentlich bey bedeutenden Käufen, beim Mancipium tritt die Verpflichtung auf das Doppelte schon ipso iure ein.[l]) Nachher wurde dieß als eine stillschweigende Pflicht des Verkäufers anerkannt, daher der Ausdruck simplariae venditiones. 3) Haftung für die Mängel. Sie tritt nach ius civile nur im Fall eines Dolus ein, jedoch nach altem Recht in duplum, wenn der Verkäufer eines Grundstücks das Maß erlogen hat.[m]) Die Aedilen erweiterten die Pflicht des Verkäufers: Wer Sclaven, Jumenta oder anderes Vieh verkauft, soll die Mängel anzeigen,

---

i) L. 11 §. 2 D. de A. E. V. (19, 1.)

k) Dig. XXI. 2. Cod. VIII. 45 de evictionibus et duplae stipulatione.

l) (Cic. de off. III. 16: vgl. §. 272 c. Die hier angeführte Stelle der Zwölf Tafeln ist die bekannte bei Festus v. nuncupata citirte: cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Paul. sent. II. 17. 3: res emta, mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Der unwahrhafte Auctor [infitiator] wurde im ältesten Recht wie ein fur nec manifestus behandelt. Vgl. §. 272 r. R.)

m) Paul. I. 19. II. 17, 4. Cic. de off. III. 16. (§. 272 Note c) (de re publ. III. 19. Huschke in der Zeitschr. für gesch. R.W. XIII. S. 263 f. R.)

wegen nicht angezeigter hat der Käufer 1) das iudicium redhibitorium auf Zurücknahme der Sache und Restitution des Preises mit Zinsen und Interesse innerhalb sechs Monaten, 2) das iudicium aestimatorium s. quanti minoris (sc. res cum venierint fuerint) innerhalb eines Jahres auf verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises.[n]) Das Nichtwissen des Mangels entschuldigt den Verkäufer nicht, wohl aber die Offenbarkeit. Die nähere Bestimmung der Mängel ist Gegenstand vieler Stellen des Pandekten- und Codextitels:[o]) bey Sclaven konnte nur wegen körperlicher, nicht wegen geistiger geklagt werden; wegen der letztern galt nur die actio emti bey Dolus. Die römischen Juristen, schon Labeo, dehnten die ädilischen Klagen auf alle Käufe aus.

Wegen Dolus und Metus konnte auf Rescission des Kaufs geklagt werden. In einem Fall auch wegen Unverhältnißmäßigkeit des Preises nach zwey Rescripten Diocletian's: wenn der Preis nicht die Hälfte des wahren Werths erreicht, und der Käufer nicht nachzahlen will (laesio ultra dimidium, enormis.[p])

Locatio et conductio, Mieth- oder Pachtcontract,[q]) ist ein Vertrag, wodurch der Gebrauch eines Gegenstands gegen das Versprechen eines Preises, merces, versprochen wird. Der Gegenstand, dessen Gebrauch versprochen wird, kann 1) eine Sache oder ein Recht seyn, l. c. rerum. Wer den Gebrauch verspricht, heißt locator, wer den Preis: conductor,

---

n) L. 1 §. 1 L. 38 pr. D. de aed. ed. (21, 1) Cic. de off. III, 17. (§. 272 Note c.)

o) Dig. XXI. 1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. C. IV. 58 de aediliciis actionibus.

p) L. 2. 8 C. de resc. vend. (4, 44.) Constantin L. 1 C. Th. de contr. emt. (3, 1) macht die Ausnahme nicht.

q) Gaius III. 142—147. Paul. II. 18. Inst. IV. 24 de locatione et conductione. Dig. XIX. 2 locati conducti. Cod. IV. 65 de locato et conducto. Endlichersches Fragment von Ulpian's Institutionen: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IX. 1.

bey Wohnungen inquilinus, bey fruchttragenden Grundstücken colonus. Im Deutschen heißt das Geschäft Miethe oder, wenn der Gebrauch in dem Bezug von Früchten oder analogen Einkünften besteht, Pacht. 2) Kräfte, zu leistende Dienste, l. c. operarum. Operae locari solitae sind solche für die ein Preis möglich ist, daher sind Dienste, die in älterer Zeit nur von Freigeborenen aus Gefälligkeit geleistet wurden, ausgeschlossen (§. 258). Gegenstand einer Dienstmiethe können seyn a) die Dienste schlechtweg, l. c. operarum im eigentlichen Sinne, b) das Resultat der Dienste, opus, l. c. operis. Locator, Verdinger, heißt hier der für den es geschehen soll, conductor s. redemtor operis, durch dessen Kräfte es hervorgebracht werden soll.

Wesentlich ist wie beim Kauf die Bestimmung eines Preises, merces, pensio. Ferner ist nothwendig merces certa (so ist z. B. der Vertrag mit einem Handwerker ohne Bestimmung des Preises kein Miethvertrag). Endlich pecunia numerata, auch hier kommt jene beim Kauf erwähnte Controverse vor. Bey Verpachtungen kann der Preis in Früchten verabredet werden.[r])

Zuweilen ist zweifelhaft, ob ein Vertrag Kauf oder Miethe ist. So bey Verfertigung von Sachen durch Handwerker für eine bestimmte Summe. Cassius meint in dergleichen Geschäften sey eine materiae emtio, operarum locatio et conductio enthalten. Die Meisten waren für Kauf, wenn der Handwerker das Material liefert, für locatio et conductio, wenn der andere Contrahent es giebt.[s])

Der Contract ist perfect, wenn die Parteien über Gegenstand und merces consentiren. Aus der gegenseitigen Obligatio hat der Locator die actio locati, der Conductor die actio conducti.

---

r) L. 21 C. de locato (4, 65). (Cato de re rust. c. 136. 137. Vgl. [Rudorff] Vorrede zum Berliner Sommerkatalog 1846. R.)

s) Gai. III. 146. 147. §. 3. 4 Inst. de locatione (3, 24).

Der Locator ist verpflichtet: 1) bey der l. c. rei: die Sache zu überliefern und das frui licere zu prästiren, 2) bey der l. c. operarum zur Leistung der Dienste, 3) bey der l. c. operis zur approbatio operis, wenn es von der vertragsmäßigen Beschaffenheit, arbitrio boni viri gut ist und zur Zahlung des Preises.

Der Conductor ist verpflichtet: 1) bey der l. c. rei und operarum zur Zahlung des Preises. Zuerst aber kann er den Gebrauch verlangen. Bey Pachtungen hat er auf remissio des Pachtzinses Anspruch, ganz oder theilweise, wenn ein außerordentlicher Zufall die Fruchtbeziehung hindert, z. B. Brand, Hagel. Er muß die Sache in gutem Stand erhalten und sie nach geendigter Miethe oder Pacht zurückgeben. Die locatio endigt sich a) durch den Eintritt des Termins, der entweder vorher oder durch Aufkündigung festgesetzt wird. Doch kann eine stillschweigende Fortsetzung des Vertrags (tacite relocare et reconducere) eintreten, bey fruchttragenden Grundstücken gilt sie immer auf ein Jahr, b) durch einseitige Aufhebung vor der Zeit. So kann der locator wegen Nichtbezahlung der Merces während zwey Jahren, und Verschlechterung der Sache den Contract aufheben.

2) Bey der l. c. operis ist der Conductor zur Verfertigung und Lieferung des Werks verbunden.

Von der locatio et conductio ausgeschieden sind:

1) der emphyteutische Vertrag. Noch zur Zeit der Juristen als Locatio und Conductio behandelt, wurde er nach Zeno ein eigener Vertrag, doch hauptsächlich nach Analogie der Locatio Conductio.[t])

2) Dagegen war von ältester Zeit her der Vertrag mit dem Mensor ausgeschieden, die operae des Mensor waren keine operae locari solitae. Das alte Recht betrachtete diesen Ver=

t) Gaius III. 145. §. 3 Inst. de locatione (3, 24). Cod. IV. 66 de iure emphyteutico.

trag nicht wie ein Contractsverhältniß, sondern wie eine gegenseitige Gefälligkeit. Später, schon in der dritten Periode wurde die Behandlung als locatio et conductio möglich, wenn die übrigen Erforderniſſe vorhanden waren. Die Kunst hatte bey der zunehmenden Cultur anderer eigentlicher Wiſſenſchaften in ihrer Achtung abgenommen.[u])

Societas, Geſellſchaftsvertrag,[v]) iſt ein Vertrag, wodurch mehrere Perſonen eine das Vermögen betreffende Gemeinſchaft zu halten ſich verſprechen. Der Gegenſtand können Sachen und Rechte ſeyn, die als gemeinſchaftlich betrachtet werden ſollen. So auch das ganze Vermögen, societas omnium bonorum.[w]) Jeder Socius kann fordern Mitberechtigter eines jeden Rechts zu werden, das der andere hat, z. B. Miteigenthümer, Rechte, bey denen eine ſolche Theilung nicht möglich iſt, müſſen wenigſtens dem Effect nach als gemeinſchaftlich betrachtet werden; durch Mittheilung des dadurch Erworbenen. Die Societät kann aber auch auf künftig zu erwerbende Rechte gerichtet ſeyn, ſo iſt in der societas omnium bonorum auch der künftige Erwerb begriffen.[x])

Aber auch ausſchließlich der künftige Erwerb kann Gegenſtand der Societät ſeyn, societas quaestus et lucri, dieß iſt anzunehmen, wenn eine societas ſchlechtweg geſchloſſen iſt. Hier bezieht ſie ſich aber im Zweifel nur auf das durch Arbeit Erworbene.[y]) Die Societät kann endlich aber auch auf einzelne Erwerbungen, einzelne Geſchäfte gerichtet ſeyn, die auf gemeinſame Rechnung geſchloſſen werden ſollen.[z]) Die Societät er-

---

u) Rudorff Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. X S. 412 ff.

v) Gaius III. 148—154. Paul. II. 16. Inst. III. 25 de societate. Dig. XVII. 2 Cod. IV. 37 pro socio.

w) L. 1 §. 1 3 D. pro soc. (17, 2.)

x) L. 5 pr. D eodem.

y) L. 7—13 D. eodem.

z) L. 5 pr. L. 52 §. 5 D. eodem. (Dahin gehört auch die Societät der Fiſcher bei Plin. nat. hist. IX, 85: ferunt discordem socium duci

streckt sich stets nicht bloß auf den Erwerb, sondern auch auf den Verlust, der den als gemeinschaftlich zu betrachtenden Gegenstand trifft.

Die Obligatio ist eine wesentlich gegenseitige, jeder Socius ist verpflichtet zu den verabredeten Beiträgen (an Sachen und Kräften) und jeder berechtigt zu seinem Antheil. Es ist keine Societät möglich donationis causa.[aa]) Bey der Bestimmung der Societätsverhältnisse ist möglichste Gleichheit und Billigkeit als Princip zu betrachten. In Beziehung auf die Antheile wäre daher auf die Beiträge zu sehen, allein dieß läßt sich nicht durchführen, weil die Beiträge incommensurabler Natur seyn können, daher sind im Zweifel gleiche Antheile der Socii anzunehmen an Gewinn und Verlust. Nach der Meinung des Mucius sollen diese auch nicht durch Verabredung geändert werden können, aber auch hier ist der Verlust nicht immer genau in Geld zu berechnen, daher wurde jene Meinung von Servius bestritten.[bb]) Sogar die Verabredung ist möglich, daß ein Socius nur Antheil am Gewinn, nicht am Verlust (nämlich an Sachen) haben soll, wenn die Dienste so bedeutend sind, die beigetragen werden.[cc]) Keine societas ist, wo immer einer allen Gewinn, der andere allen Verlust trägt. Cassius nennt dieß eine societas leonina.[dd]) Die Klage ist von allen Seiten die actio pro socio.

Es giebt keine societas in aeternum. Gelöst wird die Societät 1) durch Renunciatio, auch nur eines Socius. Dolose Renunciation macht den Andern, aber nicht den Renuncianten

---

[dem Leitfisch des Andern] insidiatum pulcre noto, cepisseque malefica voluntate: agnitum in macello a socio, cuius iniuria erat: et damni formulam editam, condemnatumque addidit Mucianus aestimata lite. N.)

aa) L. 5 §. 2 D. eodem.

bb) L. 30 D. eodem.

cc) Gaius III. 149. 150.

dd) L. 29 D. pro socio (17, 1).

frey,[ee]) 2) durch den Tod oder Capitis Deminutio eines Socius,[ff]) 3) durch Venditio Bonorum eines Socius.[gg])

Bey Endigung der Societät kann auf Theilung des Gemeinschaftlichen geklagt werden, nicht mit der actio pro socio, sondern mit einer besondern Theilungsklage, der actio communi dividundo,[hh]) diese Klage entspringt nicht aus der Societät, sondern aus der Communio, die durch Societät, aber auch auf andere Art entstanden seyn kann.[ii])

Die Gemeinschaft einer Sache oder eines Rechts, communio (Miteigenthum, Mitusufructus) bringt die Communionsinteressenten (socii) schon an und für sich in eine Obligatio, wie sie auch entstanden seyn möge; sey es in Folge eines Societätsvertrags, oder sonst z. B. wenn Zweien eine Sache vermacht ist (communio incidens). Nicht der Contract erzeugt die Obligatio, sondern der Umstand, daß eine Sache oder Recht Mehreren gemeinschaftlich ist, ist dieß durch ein Rechtsgeschäft geschehen, so entsteht die Obligatio quasi ex contractu.[kk])

Die obligatio ex communione, wie sie auch entstanden seyn möge, bringt eine Klage auf Theilung des Gemeinschaftlichen, iudicium divisorium, hervor. Der Richter theilt durch adiudicatio, in dem Urtheil werden aber auch gegenseitige Verpflichtungen, analog denen aus der Societät, praestationes personales, berücksichtigt.[ll])

---

ee) L. 17 §. 2 L. 65 §. 4. 6 D. eodem.

ff) L. 58 §. 2 L. 63 §. 10 L. 55 §. 9. 11 D. eodem.

gg) L. 4 §. 1 L. 65 §. 1. 12 D. eod. §. 8 Inst. de societate (3, 25).

hh) Dig. X. 3. Cod. III. 37 communi dividundo. 38 communia utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo.

ii) L. 2 pr. D. eod.: Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt, sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.

kk) §. 3 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27.)

ll) L. 1 D. eod. communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes

Die Theilungsklage ist regelmäßig die actio communi dividundo bey Gemeinschaft des Eigenthums oder eines sonstigen theilbaren Rechts. Unter Miterben, unter denen communio hereditatis besteht, tritt die familiae erciscundae actio, Erbtheilungsklage, ein.[mm])

Mandatum, Vollmachts- oder Beauftragungscontract[nn]) ist ein Vertrag, wodurch jemand Geschäfte eines Andern ohne Lohn zu besorgen übernimmt. Der Auftragende heißt Mandant oder Mandator, der Beauftragte Mandatarius. Der Vertrag heißt Auftrag in Beziehung auf die Verpflichtung zwischen Mandant und Mandatar, Vollmacht in Beziehung auf die Wirkung, den Mandatar zu juristischen Handlungen für den Mandanten zu befähigen; der Mandant wird hier Dominus, der Bevollmächtigte Procurator genannt. Das Mandat unterscheidet sich durch Unentgeltlichkeit von der locatio et conductio operarum.[oo]) Ein honorarium ist zwar möglich, kann aber nicht mit der mandati actio, sondern muß mit einer extraordinaria cognitio gefordert werden.[pp]) Gegenstand des Mandats kann jede erlaubte und mögliche Handlung seyn, die dem Mandanten zuständig ist. Kein Mandat ist es, wenn bloß der Mandatar ein Interesse hat, z. B. der Auftrag Geld auszuleihen ohne Bestimmung der Person.[qq]) Zweifelhaft ist der Fall, wenn der Auftrag gegeben ist, dem Titius zu leihen. Nach Sabinus, dessen Ansicht die herrschende ist, entsteht ein verbindliches Mandat, der Mandant verbürgt

---

pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit. §. 5 Inst. de off. iud. (4, 17.)

mm) §. 4 Inst. de obl. quae quasi ex cont. (3, 27) §. 4 Inst. de off. iud. (4, 17.) Paul. I. 18. D. X. 2. Cod. III. 36 familiae herciscundae.

nn) Gai. III. 155—162. Inst. III. 26 de mandato. Dig. XVII. 1. Cod. IV. 35 mandati vel contra.

oo) Gaius III. 162. L. 1 §. 4 L. 6 pr. 7 D. eod.

pp) L. 7. 56 §. 3 D. eodem.

qq) L. 2 §. 6 D. eodem.

sich dadurch für den Titius, es ist dieß eine Form der Intercession (mandatum qualificatum).[rr]) Das Mandat muß endlich immer eine künftig vorzunehmende Handlung betreffen.[ss])

Die actio mandati ist die Klage des Mandanten auf die Verbindlichkeit des Mandatars, das Geschäft mit der diligentia diligentis patrisfamilias zu besorgen.[tt]) Eine actio contraria hat der Mandatar wegen der Nachtheile, die ihn bey Ausführung des Mandats treffen, sofern er nicht seinen Auftrag überschritten hat;[uu]) überhaupt auf Anerkennung des Geschäfts als seines eigenen in dessen Folgen durch den Mandanten. Hat der Mandatar über den festgesetzten Preis gekauft, so steht ihm nach der Ansicht der Sabinianer keine actio contraria zu.[vv]) Die Proculianer stellten eine benignior sententia auf, welche dem bonae fidei negotium angemessener und daher die herrschende geworden ist, daß nämlich der Mandant bis zu dem festgesetzten Preis verpflichtet wird. Es giebt einen Fall, in welchem gerade die actio contraria das Wesentliche der Wirkung ist, das mandatum qualificatum (§. 265). Das Mandatsverhältniß endigt sich 1) durch Renunciation des Mandanten oder Mandatars.[ww]) Ist die Res nicht mehr integra, so muß der Nachtheil dem Beschädigten ersetzt werden.[xx]) 2) Durch Tod eines der Contrahenten,[yy]) doch hat der Mandatar, wenn er ohne den Tod des Mandanten zu wissen den Auftrag fortführt, die actio contraria; die schon begründete

---

rr) Gai. III. 156. §. 6 Inst. de mandato (3, 26).

ss) L. 12 §. 14 D. eodem.

tt) L. 13 C. mandati (4, 35).

uu) L. 3 §. 2 L. 4. 41 D. eodem.

vv) Gaius III. 161.

ww) L. 22 §. 11 L. 27 §. 2 D. eodem.

xx) L. 23—25. 27 §. 2 D. eodem.

yy) L. 26 pr. §. 1 L. 27 §. 3 D. eodem. L. 15 C. eod. (4, 35): mandatum re integra domini morte finitur. Vgl. Rhetor. ad Herenn. 2, 13: M. Drusus praetor urbanus (a. u. c. 638), quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sext. Iulius non reddidit.

mandati actio wird durch die Endigung des Mandats nicht aufgehoben.[zz])

Es giebt ähnliche Obligationen auf Geschäftsführung, die quasi ex contractu entstehen. So die Obligationen der Tutoren und Contutoren, bey denen die rechtmäßige Bestellung die Stelle des Mandats einnimmt.[aaa]) Aber auch durch die Uebernahme von fremden Geschäften selbst ohne Auftrag oder Bestellung, negotiorum gestio schlechtweg,[bbb]) entsteht eine Obligatio quasi ex contractu zwischen dem dominus negotii und dem negotiorum gestor; die Klagen daraus sind die negotiorum actio directa und contraria.[ccc])

Die directa setzt nichts als die Gestio voraus.[ddd]) Der Gestor haftet für omnis culpa und darf auch nicht willkührlich abtreten, solange die Gestio noch Bedürfniß ist. Die contraria aber erfordert, daß nicht gegen Verbot[eee]) und daß utiliter gestum ist, d. h. daß die Uebernahme der Geschäftsführung dem Dominus vortheilhaft war,[fff]) sodann muß der Gestor

---

zz) L. 58 pr. D. mandati (17, 1): Si praecedente mandato Titium defenderet, quamvis mortuo eo, cum hoc ignoraret, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non mandati actio solvitur. Quodsi sine mandato defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueris, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri.

aaa) Gaius I. 191. §. 2 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27.) Dig. XXVII. 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. Cod. V. 51 arbitrium tutelae. Quintil. inst. or. VII. 4: tutelae, in quo iudicio solet quaeri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat, an fides praestari debeat tantum, non etiam consilium et eventus. Cui simile est male gestae procurationis: in foro negotiorum gestorum, nam et mandati actio est.

bbb) Dig. III. 5. Cod. II. 19 de negotiis.

ccc) L. 1—3 pr. D. de neg. gest. (3, 5) §. 1 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27.)

ddd) L. 3 pr. L. 6 §. 2. 3 D. eodem.

eee) L. 8 §. 3 D. eodem.

fff) L. 10 §. 1 D. eodem.

die Geschäfte als fremde mit dem animus übernommen haben, den Dominus zu verpflichten.[ggg])

CCLXXVI. Wenn eine Uebereinkunft abgeschlossen ist ohne res, verba, literae, und ohne daß sie zu den Consensualcontracten gehört, so erzeugt sie keine Klage, sondern nur eine Exceptio (§. 271 f). Eine solche Uebereinkunft heißt pactum.[a])

Ausnahmsweise sind manche Pacta für sich mit einer Klage bekleidet worden: die sogenannten pacta vestita: theils durch Gesetze (pacta legitima)[b]) z. B. nach Justinian das Schenkungsversprechen, theils durch die magistratischen Edicte (pacta praetoria). Fälle der letzteren sind:

Constitutum debiti,[c]) wenn jemand durch Pactum die Erfüllung einer bestehenden Obligatio verspricht, aus diesem Pactum wird eine prätorische Klage gegeben: 1) bey Argentarien für jeden Gegenstand, actio recepticia;[d]) 2) bey sonstigen Personen bloß, wenn die Verbindlichkeit auf fungible Sachen geht, actio de constituta pecunia, constitutoria actio.[e])

---

ggg) L. 5. 6 §. 6—8 L. 27 §. 1 L. 44 D. eod. L. 2 §. 1 L. 15 C. eod. (2, 19.)

a) Dig. II. 14. Cod. II. 3 de pactis.

b) L. 6 D. eodem: Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur.

c) Dig. XIII. 5 de pecunia constituta. Cod. IV. 18 de constituta pecunia.

d) Theoph. IV. 6 §. 8. L. 2 pr. C. de const. pec. (4, 18.) (Cic. Philipp. V. 18. ad fam. X. 21 XII. 1 XIII. 10. 17. L. 3 §. 2 D. de recept. [4, 8] L. 1 §. 8 D. nautae [4, 9] L. 4 §. 3 D. de fideiuss. tut. [27, 7] R.)

e) Cic. pro Quinctio c. 5 §. 18: non modo enim pollicitus erat (Naevius) in Gallia, sed Romae quotidie, simul atque sibi hic annuisset, numeraturum se dicebat. Quinctius porro istum posse facere videbat, debere intelligebat: mentiri, quia causa, cur mentiretur non erat, non putabat, quasi domi nummos haberet, ita constituit Scapulis se daturum. (Tac. Germ. c. 11: nec dierum numerum, ut nos, sed noctium computant. sic *constituunt*, sic condicunt. R.)

Justinian hat jene Klage aufgehoben und die letztere auf alle Verbindlichkeiten ausgedehnt (§. 269 nn. oo). Die bestehende Obligatio kann auch eine naturalis seyn, auch ein s. g. pactum geminatum ist klagbar, es darf aber nicht mehr versprochen werden als in der bestehenden Obligatio. Diese kann die eigene des Constituenten seyn, constitutum debiti proprii, oder eine fremde, constitutum debiti alieni, ein Fall der Verbürgung. Die bisherige Obligatio bleibt bestehen.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum (Frachtschiffer, Wirthe):[f]) durch Aufnahme der Reisenden mit ihren Sachen werden sie verpflichtet die letzteren zu restituiren.[g]) Jene haben die actio in factum de recepto; der Beklagte wird nur befreit durch eine vis maior von Außen,[h]) oder durch Culpa des Klägers, nicht aber seiner Diener, endlich durch Vertrag, wodurch der Reisende auf die Haftung verzichtet.[i])

Alle Geschäftsobligationen haben ihren theils wesentlichen, theils gewöhnlichen und natürlichen Inhalt, der mit der Eingehung des Geschäfts gegeben ist, auf den die Klage aus dem Contract von selbst geht. Dieser Inhalt kann aber bey negotia bonae fidei noch durch Nebenverträge erweitert werden, die man dem Hauptvertrag hinzufügt, pacta adiecta.[k]) Diese

---

f) Dig. IV. 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant.

g) L. 1 pr. D. eod.: Ait praetor: nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.

h) L. 3 §. 1 D. eodem.

i) L. 7 pr. D. eodem.

k) L. 7 §. 5 D. de pact. (2, 14): interdum formant ipsam actionem ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex intervallo, non inerunt: nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. L. 27 D. de R. I. (50, 17): actionum modus vel lege vel per praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur: nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

Pacta machen eine Ausnahme von der Nichtklagbarkeit der Pacta, aber nicht so, daß sie eine eigene Klage erzeugten, sondern durch ihre Verbindung mit dem Hauptgeschäft wird die Klage aus diesem auf sie ausgedehnt (was nur bey der actio bonae fidei möglich ist). So z. B. beim Kauf das pactum de retroemendo, die Verpflichtung des Verkäufers zurückzukaufen, de retrovendendo, des Käufers zurückzuverkaufen.[l]) Noch wirksamer ist die Form einer Resolutivbedingung z. B. addictio in diem, wenn sich innerhalb einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer finden werde.[m])

Von den unerlaubten Handlungen.

CCLXXVII. Durch unerlaubte Handlungen können theils selbstständige Obligationen entstehen, theils bestehende Obligationen modificirt werden.

Unerlaubte Handlungen, wodurch selbstständige Obligationen begründet werden, heißen delicta.[a]) Es giebt zwey allgemeine Erforderniſſe eines Delicts: 1) ein objectives, Verletzung des Rechts eines Andern. Daher ist kein Delict vorhanden, wenn der Handelnde ein Recht zu der Handlung hatte: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.[b]) Ferner darf die Verletzung nicht in einer Bestreitung des Rechts bestehen. Dadurch unterscheidet sich das Delict von einem Unrecht, bey dem es von Seite des Handelnden auf das Recht abgesehen ist. Bey dem Delict setzt sich der Thäter über das Recht hinweg, er bricht das Recht (daher Verbrechen). Das Delict verletzt daher nicht bloß das Recht

l) L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5.) L. 2 C. de pact. int. emt. (4, 54.)

m) Dig. XVIII. 2 de in diem addictione.

a) Gai. III. 182—208. Inst. IV. 1 de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII. 1 de privatis delictis.

b) L. 151 D. de R. I. (50, 17.)

an einem äußern Gegenstand, z. B. Eigenthum, sondern zugleich das Recht der Persönlichkeit, ja die Rechtsvorschrift selbst, das ius publicum.

2) Ein subjectives, Schuld des Thäters, Culpa im weitern Sinn. Der rechtswidrige Erfolg muß dem Handelnden zugerechnet werden können, die Handlung selbst muß rechtswidrig seyn. Dieß läßt sich auf doppelte Weise denken: a) der Thäter beabsichtigte den rechtswidrigen Erfolg, dieses Verhältniß heißt Dolus, böse Absicht. b) Der Thäter konnte den Erfolg voraussehen und vermeiden, er handelt rechtswidrig durch Fahrläßigkeit oder Unvorsichtigkeit, dieses Verhältniß heißt Culpa im eigentlichen Sinn. Die Gränze der Culpa ist: nur wenn ein bonus oder prudens paterfamilias im vorliegenden Fall anders verfahren hätte, kann von einer Culpa die Rede seyn, wer die Vorsicht eines solchen angewendet hat, ist frey von Schuld, der Erfolg gilt als Zufall z. B. es fällt jemand einen Baum, der das Pferd eines Andern erschlägt.[c]) Manche Delicte setzen schlechterdings Dolus voraus z. B. Diebstahl.

Die rechtlichen Folgen eines Delicts sind 1) Schadensersatz, wofern es einen Vermögensnachtheil verursacht hat, 2) Strafe, ein Uebel, welches den Thäter unabhängig von jenem trifft.

Die Strafe kann seyn eine poena publica, die lediglich im Interesse des Staats oder öffentlichen Rechts verhängt wird, und keinen Vortheil für einen Privaten einschließt. Sie wird gefordert durch eine Accusatio (crimen) und ist der Zweck eines Criminalprocesses, diese Wirkung haben die delicta publica. Daneben geht eine actio auf Schadensersatz, der etwas privatrechtliches, Gegenstand einer Obligatio ist.

Die Strafe kann aber auch eine poena privata seyn, eine Prästation, die einer Privatperson zufällt und von ihr im Civilproceß mit einer Actio eingeklagt wird, delicta privata, dieß

c) L. 31 D. ad L. aquil. (9, 2.)

sind die Delicte von denen hier die Rede ist, die obligationes ex delicto. Diese Privatstrafe ist eine Befriedigung des Verletzten. Sie kann von dem Schadensersatz ganz getrennt seyn, actio mere poenalis. Hier findet neben ihr und unabhängig von ihr eine Klage auf Schadensersatz Statt (z. B. condictio furtiva), wenn überhaupt ein Schaden geschehen ist, eine actio rei persecutoria. Sie kann aber auch mit dem Schadensersatz verbunden seyn: actio mixta. [d])

In den Institutionen des Gaius und Justinian's werden vier delicta privata, also vier obligationes ex delicto als die Hauptfälle hervorgehoben.

1) Furtum, Diebstahl. [e])

Furtum begeht jeder, der einer beweglichen Sache widerrechtlich in gewinnsüchtiger Absicht sich bemächtigt. Die Bemächtigung heißt contrectatio, die gewinnsüchtige Absicht animus furandi lucri faciendi causa. [f]) Die Absicht widerrechtlichen Gewinns kann auf die ganze Sache gehen, oder auf einen partiellen Vortheil, z. B. Aneignung des Gebrauchs, des Besitzes. [g]) So kann möglicherweise selbst der Eigenthü-

---

d) Gai. IV. 6—9. §. 16—19 Inst. de act. (4, 6.)

e) Gai. III. 183—208. Collatio VII. Paul. sent. II. 31. Inst. IV. 1 de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII. 2 de furtis. Cod. VI. 2 de furtis et servo corrupto.

f) Gaius III. 195: Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat. Gell. XI. 18: Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur, item alio capite: qui alienum tacens lucri faciundi causa sustulit, furti obstringitur sive scit cuius sit, sive nescit.

g) L. 1 §. 3 D. de furt. (47, 2): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere. Gell. VII. 15. Val. Max. VIII. 2. 4: quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset.

mer einen Diebstahl an der Sache begehen.[h]) Auch an freien Menschen, die in der Gewalt eines Andern sind, ist ein Furtum möglich. Schon die Zwölf Tafeln unterscheiden furtum manifestum und nec manifestum, jenes durch Betreffen auf frischer That. Später wurde der Begriff erweitert. Zu Gaius Zeit herrschte die Ansicht, daß das Furtum manifestum sey, wenn der Dieb am Ort der That betroffen worden sey; später, ehe er die Sache an einen andern Ort gebracht habe. Manche giengen noch weiter: sie nahmen furtum manifestum an, solange er mit der Sache betroffen werde; diese Ansicht wurde verworfen.[i]) Die Zwölf Tafeln hatten die Privatstrafe nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Uebereinkunft der Parteien überlassen, damnum decidere.[k]) Ein Freier wurde körperlich gezüchtigt und addicirt, wenn er sich nicht mit dem Bestohlenen durch Pactum abfand, Sclaven wurden mit dem Tod bestraft, Unmündige nach Ermessen gezüchtigt und zum Ersatz angehalten.[l]) Der Prätor setzte statt dessen die actio furti manifesti auf das Vierfache fest. — Bey dem furtum nec manifestum gaben schon die Zwölf Tafeln die actio furti auf das Duplum als reine Strafe.[m]) Kläger ist cuius interest rem salvam esse.[n])

Die Zwölf Tafeln schrieben eine feierliche Haussuchung vor, lance et licio quaerere.[o]) Der Untersuchende war nackt bis auf einen Schurz, licium, lanx war eine Schale, in der Hand getragen. Was die letztere anbetrifft, so hatten die Alten

---

h) L. 15 §. 1 L. 19 §. 6 D. eodem.

i) Gai. III. 184. Gell. XI. 18.

k) Gai. IV. 37. L. 7 §. 14 D. de pact. (2, 14.)

l) Gai. III. 189. Gell. XI. 18. Plin. XVIII. 3.

m) Festus v. nec. Gai. III. 190.

n) L. 10. 11. 12 pr. §. 1 L. 26 §. 1. 71 D. de furt. (47, 2.)

o) Gai. III. 192. Gell. XI. 18. XVI. 10. Fest. v. lance et licio. (Nämlich, wenn sich der angebliche Dieb oder Diebeshehler der unfeierlichen widersetzt. R.)

verschiedene Erklärungen. Einige sagten, sie sey bestimmt gewesen vor das Gesicht gehalten zu werden propter matrumfamilias et virginum praesentiam; Andere um die Sache darauf zu legen; noch Andere meinten, die Schale sey über den Kopf gehalten worden, damit die Hände nicht frey wären. Das Letzte ist das Wahrscheinlichste. Wurde die Sache gefunden, so hieß dieß (lance et licio) furtum conceptum; war sie es beim Dieb, so wurde dieser wie ein fur manifestus behandelt.[p]) Außerdem gieng die actio furti concepti auf das Triplum.[q]) Später trat an die Stelle jener Förmlichkeit eine Haussuchung mit Zeugen.[r]) Der bey dem die Sache gefunden wird, hat die actio furti oblati auf das Dreifache gegen den, von dem er sie erhalten.[s]) Gegen den, der die Haussuchung hinderte, gab der Prätor die actio furti prohibiti auf das Quadruplum.[t]) Nach justinianischem Recht gab es nur noch eine actio furti manifesti und nec manifesti gegen Dieb und Gehülfen.[u])

2) Rapina, Raub.[v])

Rapina ist Diebstahl mit Gewalt gegen die Person, die Klage ist die actio furti nec manifesti. Veranlaßt durch die Gewaltthätigkeiten der Bürgerkriege gab der Prätor eine actio

---

p) Gaius III. 192. 194.

q) Gaius III. 191.

r) Gai. III. 186: testibus praesentibus. (Plaut. Merc. III. 4, 78. Petron. sat. c. 97. Darauf bezieht sich der Inscription nach L. 12 D. de test. [22, 5]: ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. Der Suchende muß die Sache, welche er sucht, vorher genau bezeichnen, wie bei der actio furti Paul. sent. II. 31. 22. L. 19 pr. 14 D. de furt. [47, 2.] R).

s) Gai. III. 191.

t) Gai. III. 192.

u) §. 3 Inst. de obl. quae ex del. (4, 1.)

v) Gaius III. 209. Inst. IV. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. XLVII. 8 Cod. IX. 33 vi bonorum raptorum.

vi bonorum raptorum auf das quadruplum.[w]) Sie ist eine mixta.[x])

3) Damnum iniuria datum.

Darauf bezieht sich die Lex Aquilia im fünften oder sechsten Jahrhundert[y]) über rechtswidrige Beschädigung fremder Sachen. Sie gab die actio legis aquiliae. Hieher gehört das erste und dritte Kapitel.

Kap. I. Wer einen Sclaven oder eine quadrupes pecus (zu heerdenweise gehaltenem Vieh gehörig) iniuria tödtet, soll den höchsten Werth dieser Sachen im letzten Jahre rückwärts bezahlen. Daher ist die actio mixta, sie geht auf das Duplum bey Leugnen (Bd. II §. 165 w). Iniuria ist alles Widerrechtliche, Dolus und Culpa. Der Herr haftet für den Sclaven, wenn er ihn hindern konnte.

Das zweite Kapitel geht gegen den untreuen Adstipulator auf das Duplum.

Kap. III. Wegen jedes andern Schadens, der corpore corpori datum ist, den höchsten Werth in den letzten dreißig Tagen, sonst wie im ersten Kapitel.[z])

---

w) Cic. pro Tull. c. 5: iudicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisque damnum factum esse M. Tullio. Vgl. Bd. II §. 167 Note h. Savigny über Cicero pro Tullio und die actio vi bonorum raptorum: Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. V. 3. (1825). Huschke analect. (1826.) II.

x) pr. Inst. eod. (Nach Gai. IV. 8 war dieß jedoch bestritten. R.)

y) Cic. pro Tull. 44. Gaius III. 210—219. Inst. IV. 3 de lege aquilia. Dig. IX. 2 ad legem aquiliam. Cod. III. 35 de lege aquilia. (Viele setzen nach Theophilus §. 15 Inst. de lege aquil. [4, 3] das aquilische Gesetz in die Zeit der janiculensischen Secession, seine Erklärung ist aber nur aus Pomponius L. 2 §. 8 D. de O. I. [1, 2] entnommen. R.)

z) (Die erhaltenen beiden Kapitel beschränken sich auf die Privatentschädigung, für welche sie in Stelle des ältern rohen Naturalersatzes (Festus v. rupitias, sarcito, sarte) eine Geldreduction und zugleich eine gesetzliche Taratio der Litis Aestimatio aufstellen: quanti id in eo anno plu-

Die actio legis aquiliae findet nicht Statt: 1) wenn der Schaden nicht durch körperliche That unmittelbar hervorge-

---

rimi fuit oder im dritten Kapitel quanti ea res [sc. plurimi L. 28 §. 8 D. ad l. aqu. (9, 2) Gai. III. 218] fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino [entweder in der Lex oder doch in der Actio stand hero L. 11 §. 6 eod.] dare *damnas* esto. Daneben enthielt die Lex aber noch zwei andere uns verlorene Bestimmungen:

1) Die Vorschrift einer Geldbuße [multa] wegen der verübten zwecklosen Grausamkeit gegen Sclaven und Hausthiere: Cic. pro Tull. c. 9 de damno iniuria apud maiores nostros lex aquilia lata est, cum — perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium et singulare facinus putaretur. Diese Mult wurde durch öffentliche Anklage gefordert: Cic. Brut. c. 34, 131 accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi — cum ab L. Sabellio multam lege aquilia de iustitia [man bessert wohl richtiger iniustitia als damni iniuria vgl. Terent. heaut. I, 1. 82 Cic. de off. 1, 7. 33; 2, 13. 41 Gromat. vet. 138, 2 Lachm.] peteret.

2) Die Prozeßvorschriften über die Actio. In dieser Beziehung sprach die Lex von vorn herein eine Damnatio über den Thäter aus.

Daher hat der Verletzte gegen den Thäter — vorausgesetzt daß die That eingestanden und durch ein arbitrium liti aestimandae [Bd. II §. 179 t L. 25 §. 2 L. 21 §. 11 D. eod.] der Geldbetrag festgestellt ist — die Legis Actio per manus iniectionem pro iudicato [quod tu mihi sestertium X milia dare damnas es, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem tibi sestertium X milium pro iudicato manus inicio Gai. IV. 24]. Eben deshalb wird jede Verneinung des Klaggrundes wie eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation behandelt, welche gleich der sententiae in duplum revocatio die Succumbenzstrafe des Doppelten nach sich zieht, und selbst im Fall der Zahlung wird keine condictio indebiti gestattet, weil durch diese doch wieder die Frage nach der ursprünglichen Schuld oder Nichtschuld erneuert würde, welche durch die damnatio bereits unabänderlich entschieden ist [L. 23 §. 10 D. eod. Bd. II §. 165 w]. Auch der Bevollmächtigte des Klägers, welcher im Legisactionenprozeß und im legitimum iudicium nur ein Abstipulator sein konnte [Bd. II §. 156 c, III §. 265], wenn er dem Beklagten das Vadimonium [§. 264 g] oder eine andere Promission zum Nachtheil des Klägers erläßt, soll haften, wie der Thäter selbst, den er begünstigt, gehaftet haben würde. Er wird daher ebenfalls als Damnatus behandelt und im Fall des Leugnens gegen ihn die Klage auf das Doppelte gegeben. Man pflegt zwar das zweite Kapitel der Lex Aquilia auf jeden Abstipulator ohne Unterschied zu beziehen; wo aber der Beklagte

bracht ist, z. B. durch Einsperren und Verhungernlassen, 2) wenn nicht eine Beschädigung der Sache selbst geschehen ist, z. B. Lösung eines Thiers, daß es entkommt, 3) wenn nicht eine Sache beschädigt ist, sondern der Körper eines freien Menschen. In allen diesen Fällen hat der Beschädigte eine utilis actio mit denselben Eigenschaften, wie die directe Klage.[aa])

4) Iniuria.[bb])

Iniuria ist Unrecht überhaupt, besonders das wissentliche,

---

selbst nur auf das Einfache haftet, da kann die Prävarication des klägerischen Mandatars unmöglich mit dem Doppelten bestraft worden sein. L. 6 D. de praev. [47, 15]. Und daß in der Lex Aquilia selbst nur der Adstipulator im aquilischen Prozeß und zwar zunächst aus dem ersten Kapitel gemeint war, das ergiebt schon die Stellung des zweiten vom Adstipulator handelnden Kapitels zwischen der Strafe des Leugnens der Tödtung und dem dritten Kapitel. L. 2 §. 1 L. 27 §. 4 D. h. t. Da jedoch die Lex Valeria [Bd. II §. 162 s] den Executivprozeß außer dem Fall des Judicats und Depensum aufhob, so klagte man aus der Lex Aquilia mit einer Condictio certi [L. 9 §. 1 D. de R. C. 12, 1] oder incerti [Bd. II §. 167 S. 143] wie es seit der Lex Valeria aus jeder lex nova geschieht, auch wenn sie wie die Lex Quinctia und Mamilia [Haubold monum. 35. 37.] noch eine Damnation ausspricht. L. un. D. de cond. ex lege [12, 2] vgl. §. 320 b. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 374. 399. Irrthümlich werden der Lex Aquilia noch folgende allgemeine Prozeßinstitute zugeschrieben [z. B. von Haenel, lex Visig. p. XCIV *]:

1) Die Einführung der legis actio per manus iniectionem, wegen Gai. 4, 21, wo die Verbesserung lege aliqua für aquilia durch den Zusammenhang mit §. 13. 19. geboten ist.

2) Die Einführung der Litiscrescenz. Diese stammt z. B. für die actio depensi aus der Lex Publilia, während die Aquilia sie nur beim ersten Kapitel vorschreibt L. 2 §. 1 D. L. 21 §. 10. 26 D. h. t. Collat. II. 4. Wenn also in Rechtsquellen der spätesten Zeit die Aquilia als Quelle der Litiscrescenz genannt wird [L. Rom. Burg. 14 (15) Paul. sent. 1, 10 Nov. 18 c. 8], so kann nur die sententia legis gemeint sein. R.)

aa) Gai. III. 219. §. 16 Inst. de lege aquilia (4, 3).

bb) Gai. IV. 220—225. Coll. II. 5, 4. Inst. IV. 4. Dig. XLVII. 10. Cod. IX, 35 de iniuriis.

in einem noch engern Sinn das Unrecht in der reinen Absicht des Unrechts, iniuriae faciendae causa, also mit dem ausschließlich gegen die Persönlichkeit des Verletzten gerichteten Animus, dem animus iniuriandi.[cc]) So ist Beeinträchtigung des Eigenthums eine iniuria in diesem Sinn, wenn sie dem Thäter nur als Mittel jenes Affronts diente, anders wenn sie selbst Zweck war, z. B. wenn der Thäter nur den eigenen Vortheil im Auge hatte, nur im erstern Fall entsteht aus dem Delict die iniuriarum actio.[dd])

Ein besonders ausgezeichneter Fall ist der wo die Injuria eine Verletzung der Ehre enthält, d. h. eine Aeußerung verachtender Gesinnung, in welcher sich am vollkommensten und reinsten die Richtung auf die Persönlichkeit darstellt: contumelia, infamandi causa factum.[ee]) Sie ist möglich:[ff]) 1) verbis, hier ist hervorgehoben die Schmähung, öffentlicher Ruf namentlich von Mehreren, convicium,[gg]) ferner die schriftliche Injurie, libellus famosus, 2) re, durch sonstige Handlung z. B. das pulsare, das verberare, d. h. schmerzhaftes Schlagen.[hh]) Wesentlich ist immer der animus iniuriandi.

Es giebt auch eine mittelbare Injuria, die jemand in der Person dessen erleidet, welcher in seiner Gewalt oder in einem analogen Verhältniß zu ihm steht, wie z. B. die Ehefrau.[ii])

In den Zwölf Tafeln war beim membrum ruptum talio, Wiedervergeltung erlaubt, wenn der Thäter sich nicht mit dem Verletzten abfand, dieser konnte also willkührlich die Strafe

---

cc) L. 3 §. 2 D. de iniur. (47, 2): pati quis iniuriam etiamsi non sentiat potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat. *dd*) L. 44 D. eodem.

ee) L. 1 pr. D. eodem: Iniuria ex eo dicta est quod non iure fiat: omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. L. 15 §. 25 D. eod.

ff) L. 1 §. 1 D. eodem.

gg) L. 15 §. 2—14 D. eod. *hh*) L. 5 pr. D. eod.

ii) L. 1 §. 3—6 L. 15 §. 24 L. 18 §. 2—5 D. eod.

dictiren.[kk]) Das Gesetz bevollmächtigte den nächsten Verwandten für den Verletzten aufzutreten.[ll]) Bey andern Körperverletzungen, wo kein Glied unthätig gemacht war, waren 300 Asses, bey Verletzung eines Sclaven 150 Asses als Strafe festgesetzt, für sonstige Injurien 25 Asses.[mm]) Dieß wurde später bedenklich, hierauf bezieht sich eine Anecdote von L. Veratius bey Gellius.[nn]) Merkwürdig ist es, daß dagegen die ältesten Römer so empfindlich waren gegen einen Spott, der eine künstliche Form annahm, occentare, Singen eines Schimpfliedes, worauf die Todesstrafe stand.[oo])

Der Prätor führte statt der Strafbestimmungen der Zwölf Tafeln eine arbiträre Geldstrafe ein, die sich durch aestimatio iniuriae bestimmt; er gab die iniuriarum actio auf eine vom Kläger ästimirte, vom Richter je nach der Stärke der Injuria ermäßigte Geldsumme.[pp]) Die lex cornelia 673 verordnete für gewisse Fälle eine accusatio: beim pulsare, verberare, domum vi introire. Doch giebt es auch eine actio aestimatoria ex lege cornelia, nur nicht bey besonders gefährlichen Injurien.[qq])

---

kk) Gai. II, 233. (Wenn sich indeß der Beklagte dem Urtheil auf Talion nicht fügte, so kam es zu einem arbitrium litis aestimandae (Bd. II §. 179 t. Gell. XX. 1: si reus, qui depacisci noluerat iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecunia damnabat. R.)

ll) Cato bey Priscian VI. 710 (Putsch.): si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.

mm) Gell. XX. 1: si iniuriam faxit alteri XXV aeris poenae sunto. Festus v. Viginti quinque poenae significat viginti quinque asses.

nn) Gell. XX. 1.

oo) Fustuarium supplicium: Cic. de re publ. IV. 10. Tuscul. IV. 2. Cornutus ad Pers. I. 137. (?) Porphyrio ad Horat. serm. II. 1, 80 seqq. ep. II. 1, 152. Paul. sent. V, 4. 6.

pp) Collat. II. 5. 6.

qq) L. 5 L. 37 §. 1 D. de iniur. (47, 10.) (Statt des Judiciums gestattet das Gesetz auch die Eidesdelation über den subjectiven Thatbestand iniuriam se non fecisse]. L. 5 §. 8 eod. R.)

In mehreren Fällen werden ohne Delict analoge Klagen gegeben, obligationes quasi ex delicto.[rr]) Zum Theil sind dieß Fälle, wo zwar ein Delict vorhanden ist, aber ein Anderer daraus belangt werden kann, z. B. actio de effusis et deiectis. Sie geht auf das Duplum des Schadens gegen den Inhaber der Wohnung, bey Tödtung eines freien Menschen waren 50 aurei, bey Verwundung arbiträre Geldstrafe festgesetzt.[ss]) Zum Theil sind es Fälle, wo noch gar keine Rechtsverletzung geschehen ist. Dahin gehört die actio de posito et suspenso gegen den der es gefährlich aufgestellt oder aufgehangen läßt, auf 10 aurei.[tt]) Endlich, wo zwar eine rechtswidrige Handlung des Beklagten vorliegt, die aber nicht als Delict betrachtet wird. Ein Richter, der aus Versehen eine Partey benachtheiligt z. B. in zu geringen Ersatz condemnirt hat, muß dafür einstehen (iudex litem suam facit).[uu])

Wenn ein Sclave ein Delict begeht, auf Befehl des Herrn, so ist dieser der Urheber. Servus nil deliquit, qui domino iubenti obtemperavit. Auch wenn der Herr um das Delict wußte und es verhindern konnte, haftet er direct, wie beim Befehl. Hier ist aber auch der Sclave als Urheber zu behandeln, doch war dieß unter den ältern römischen Juristen streitig.[vv])

Außer diesen Fällen haftet nur der Sclave direct und kann nach der Freilassung belangt werden. Da dieß während der Sclaverey nicht möglich ist, so ist eine Pflicht des Herrn anerkannt, den Sclaven zu vertreten. Der Herr kann servi nomine belangt werden, die Klage heißt noxalis (im Gegensatz

---

rr) Inst. IV. 5 de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

ss) L. 1 pr. D. de his qui effuderint (9, 3).

tt) L. 5 §. 6 D. eod.

uu) pr. Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto (4, 5). L. 6 D. de extr. cogn. (50, 13.)

vv) L. 2—5 D. de nox. act. (9, 4.)

zur directa), noxa oder noxia ist das Delict eines Menschen, der sich in potestate befindet.[ww]) Solche actiones noxales gaben die Zwölf Tafeln wegen Diebstahl, die lex aquilia wegen dieses Delicts, der Prätor wegen einzelner Delicte z. B. Injurie, Raub, endlich wurde sie aus allen Delicten gegeben.[xx]) Belangt wird der zeitige Herr des Sclaven: noxa caput sequitur.[yy]) Will er ihn nicht vertheidigen, so wird der Sclave dem Kläger als Eigenthum zugesprochen. Uebernimmt der Herr die Vertheidigung und der Sclave wird schuldig befunden, so geschieht die Condemnation cum noxae deditione: der Herr hat die Wahl zwischen litis aestimationem sufferre und noxae datio;[zz]) stirbt der Sclave nach der Litiscontestation, so bleibt nur die erste.[aaa])

Ein Vergehen gegen den Herrn selbst hat keine rechtliche Wirkung, auch nachdem die Gewalt wieder aufgehört hat (es giebt weder eine directa actio gegen den Freigelassenen, noch eine noxalis gegen den nunmehrigen Herrn). Auch ein früheres Vergehen wird durch die Erwerbung getilgt, nach der Meinung der Sabinianer (nach der der Proculianer nur suspendirt), Justinian hat die erste Meinung vorgezogen.[bbb])

Nach altem Recht fanden die actiones noxales auch Statt gegen den Vater wegen der Delicte der Söhne. Justinian hob dieß auf; der Vater haftet nur wegen eigener Schuld.[ccc])

---

ww) Gaius IV. 75. 78. 81. Inst. IV. 8. Dig. IX. 4. Cod. III. 41 de noxalibus actionibus. Zimmern, System der röm. Noxalklagen. 1818.

xx) Gai. IV. 76.

yy) Gai. IV. 77. (Die passive Legitimation wird durch eine interrogatio in iure mit Eideszwang oder Beweis der Potestas durch den Kläger berichtigt. Der eidweigernde oder überwiesene Beklagte verliert das Recht der Auslieferung. L. 21 §. 2 - 6 L. 22 §. 3. 4 D. de nox. act. [9, 4.] Bd. II §. 173 n. R.)

zz) Gai. IV. 75. pr. §. 2 Inst. de nox. act. (4, 8.)

aaa) L. 3. 9 §. 4 L. 42 §. 1 D. de nox. act. (9, 4.)

bbb) Gai. IV. 78. §. 6 Inst. eod. L. 18. 64 D. de furt. (47, 2.)

ccc) §. 7 Inst. de nox. act. (4, 8.)

Auch wegen des von einem Thier angerichteten Schadens gab es eine actio noxalis, die actio de pauperie.[ddd]) Diese setzte aber eine ungewöhnliche Wildheit und Unbändigkeit, contra naturam sui generis, voraus.[eee])

CCLXXVIII. Unerlaubte Handlungen können bestehende Obligationen modificiren, indem sie den Charakter einer Verletzung einer obliegenden Verbindlichkeit tragen, z. B. Vernachläßigung einer geliehenen Sache. Diese Verletzung begründet die Klage aus der bestehenden Obligatio auf Ersatz des Schadens. Auch hier sind zwey Erfordernisse: 1) Verletzung der Verbindlichkeit. Ob dieß Erforderniß vorhanden ist, wird von dem Inhalt der Obligatio abhängen. In dieser Beziehung sind die stricti iuris obligationes sehr beschränkt, die Pflichten des Schuldners werden hier wörtlich verstanden. Wenn jemand daher zum dare einer Sache durch Stipulation verpflichtet ist und dieselbe ist dadurch, daß er sie vernachläßigt oder keine Sorgfalt darauf gewandt hat, beschädigt worden oder zu Grunde gegangen, so haftet er nicht, denn Verpflichtung zur Sorgfalt, Verwahren der Sache liegt nicht im dare.[a]) Deshalb kommt diese Lehre vornehmlich zur Anwendung bey bonae fidei obligationes (contractus) in denen die Pflicht nicht wörtlich beschränkt verstanden wird, sondern die darauf gehen: daß sich jeder gegen den Andern gerecht und billig halte.[b])

---

ddd) Inst. IV. 9. Dig. IX. 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicetur. *eee*) L. 1 §. 4—7 D. si quadrupes (9, 1).

a) L. 91 pr. D. de V. O. (45, 1): si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem negligat infirmum an teneri debeat promissor — — — — — — an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia, qui dare promisit ad dandum non faciendum tenetur.

b) Die umfassendste Bearbeitung dieser Lehre ist: Hasse, die Culpa des röm. Rechts. 1815. Zweite Ausgabe von Bethmann-Hollweg. 1838.

2) Zurechnung, dolus oder culpa. Diese kann seyn in faciendo und in non faciendo. Die letztere ist Unterlassung der Fürsorge zur Abwendung eines Nachtheils und diesem Fall der unerlaubten Handlungen eigenthümlich.

Stets muß gehaftet werden für den Schaden, den man der andern Partey durch dolus veranlaßt hat. Auch durch Vertrag kann man sich von der Haftung nicht befreien.[c]) Ebenso aber wie Absicht wird behandelt eine grobe Nachläßigkeit, Unterlassung der allergewöhnlichsten Vorsicht und Behutsamkeit, culpa lata.[d])

Auf diese Haftung beschränkt sich die Verantwortlichkeit der Partey, die keinen Vortheil von dem obligatorischen Verhältniß hat, z. B. des Depositars, des Commodanten, weil es unbillig schien mehr von ihnen zu fordern.[e]) Doch hat dieß Ausnahmen; eine größere Sorgfalt fordert man von denen die fremde Geschäfte übernehmen, sofern es freiwillig geschieht: wer sich als Mandatar bestellen läßt, verspricht dadurch stillschweigend die größte Sorgfalt.[f])

---

c) L. 23 D. de R. I. (50, 17.)

d) L. 213 §. 2 D. de V. S. (50, 16): lata culpa est nimia negligentia i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. L. 226 D. de V. S. (50, 16): magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. L. 1 §. 1 D. si mensor (11, 6): lata culpa plane dolo comparabitur. L. 32 D. depos. (16, 3): quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.

e) Collatio X. 2, §. 1. 2; 5. 7, 6. L. 5 §. 2 L. 18 pr. D. comm. (13, 6.)

f) Paul. sent. I. 4. 1. L. 11. 13. 21 C. eod. (4, 35.) (Eine abweichende Regel hat Modestin Coll. X. 2. 3: in mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur, quamvis singulariter denotare liceat, in tutelae iudicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione vertatur. Er trägt die aus der aequitas iudicii folgende Theorie vor, daß, wenn in einem b. f. iudicium der Vortheil allein auf einer Seite liegt, von der andern nur bona fides [dolus]

Außer jenem Fall, also von dem der einen Vortheil von dem obligatorischen Verhältniß hat, fordert man die höchste Sorgfalt, diligentia, dieses ist diligentia diligentis patrisfamilias z. B. vom Commodatar, dem Deponenten, dem Faustpfandgläubiger, dem Verkäufer, dem Conductor. Ihre Vernachläßigung ist die geringere Schuld, culpa levis. Es ist die geringste die überall prästirt wird, über die hinaus der Zufall liegt, für den niemand haftet.[g])

In einigen Fällen, z. B. bey dem Gemeinschaftsverhältniß, bey der Vormundschaft, die nicht freiwillig ist, hat man es billig gefunden, nicht jenen absoluten Maßstab zu gebrauchen, vielmehr den freizusprechen, der wenigstens so sorgfältig gewesen ist, als in seinen eigenen Angelegenheiten, diligentia quam suis rebus abhibere solet.[h])

Eine besonders gestaltete Verletzung von obligatorischen Obliegenheiten ist die rechtswidrige Verzögerung einer Leistung, mora.[i]) Sie kann von dem Gläubiger herrühren, mora creditoris, mora accipiendi, durch Verzögerung der Annahme der Leistung, die der Schuldner in gehöriger Art anbietet. Der Hauptfall aber ist die mora des Schuldners, mora solvendi. Diese geschieht durch Unterlassung der Leistung auf geschehene Mahnung, interpellatio.[k]) Nur ausnahmsweise tritt sie zu-

---

prästirt wird [Coll. X. 2. §. 1. 2. L. 3 §. 9 L. 29 pr. §. 3 D. mand. 17, 1]. Die Prästation von Diligentia beruht auf einem stillschweigenden Versprechen, also auf einer Abweichung von dieser Regel. R.)

g) L. 11 D. de peric. (18, 6) L. 13 §. 1 L. 14 D. de pign. act. (13, 7.) §. 4 Inst. quib. mod. re (3, 15).

h) §. 2 Inst. quib. mod. re (3, 14). L. 5 §. 2 D. commodati (13, 6) L. 23 D. de R. I. (50, 17.)

i) Dig. XXII. 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Die neuesten Schriften über diese Lehre sind v. Madai die Lehre von der Mora. 1837. C. W. Wolff zur Lehre von der Mora. 1841.

k) L. 32 pr. D. eod.: mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud

weilen ohne Interpellation ein.[l]) Die Wirkungen der Mora sind: Ersatz des Nachtheils; bey der mora accipiendi Reduction der Haftung des Schuldners auf dolus;[m]) bey mora solvendi Perpetuirung der Obligatio, der Schuldner wird nicht mehr durch zufälligen Untergang des Gegenstandes befreit.[n])

Aufhebung der Obligatio.[a])

CCLXXIX. Die Aufhebung einer Obligatio kann geschehen entweder ipso iure oder ope exceptionis.

Wenn das Recht einem Umstand die Wirkung der Aufhebung beilegt, so geschieht dieß regelmäßig so, daß mit seinem Eintritt die Obligatio von selbst zerstört wird, nicht mehr existirt, dieß ist die Aufhebung ipso iure. Nach altem Recht gab es nur solche Aufhebungsarten. Ist die Obligatio nicht so aufgehoben, so besteht sie iure noch, und nach altem Recht hatte eine solche auch noch stets vollkommene Wirkung, z. B. wenn das alte Recht für gewisse Fälle eine solenne Zahlung vorschrieb und der Schuldner hatte auf unförmliche Weise gezahlt, so konnte er belangt werden und wurde condemnirt.[b])

Neben diese einfache Aufhebung trat eine andere, per exceptionem. Der Schuldner erhält ein Recht, das die Wirksamkeit der Forderung ausschließt. So kann es geschehen, daß

---

iudicem examinabitur, nam difficilis est huius rei definitio — cum sit magis facti quam iuris cet. L. 91 §. 3 D. de V. O. (45, 1): esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.

l) Puchta, Pandekten §. 269.

m) L. 5. 17 D. de peric. et comm. (18, 6) L. 105 D. de V. O. (45, 1) L. 72 pr. D. de solut. (46, 3.)

n) L. 5 D. de reb. cred. (12, 1) L. 59 §. 5 D. mand. (17, 1) L. 24 D. de usur. (22, 1) L. 25 §. 2 D. sol. matr. (24, 3) L. 39 §. 1 L. 108 §. 11 D. de leg. I (30) L. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1.)

a) Gai. III. 168 – 181. Inst. III. 29 quibus modis tollitur obligatio. Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43 de solutionibus et liberationibus.

b) L 35. 100. 153 D. de R. I. (50, 17.)

die Obligatio iure besteht, aber unwirksam, also in der That aufgehoben ist.

Drey Gründe können diese indirecte Aufhebung hervorbringen. Der erste Grund liegt in der Quelle. Wenn das prätorische Recht einem Umstand die aufhebende Wirkung beilegt, der sie iure civili nicht hat, so kann dieser gegen eine civilis obligatio nur indirect wirken. Die Obligatio ist daher nicht iure (civili) aufgehoben, der Schuldner ist nur tuitione praetoris liberirt und die Form dieses Schutzes ist eben die Exceptio.

Ein zweiter Grund liegt in der Beschaffenheit des aufhebenden Umstands selbst, namentlich in der Nichtförmlichkeit desselben gegenüber einer auf einem förmlichen Geschäft beruhenden Obligatio, deren förmliche Entstehung eine förmliche Aufhebung erfordert. So wirkt der einfache Erlaßvertrag, pactum de non petendo, nur ope exceptionis, und dieß war consequent, solange die Contractstheorie bestand, wonach keine klagbare Obligatio durch bloßes pactum entstehen konnte.[c]) Manche Umstände sind endlich materiell von der Beschaffenheit, daß die Aufhebung ipso iure unpassend wäre, sie vielmehr fordern, daß statt einfacher Vernichtung der Forderung dem Schuldner ein Recht gegen dieselbe gegeben werde, so namentlich die Aufhebung durch Gegenforderungen.

CCLXXX. Es giebt viele einzelne Aufhebungsarten, theils allgemeine theils besondere. Im ältesten Recht waren vielleicht alle der letzteren Art, einzelne wurden später allgemein.

Aufhebungen, die den einzelnen Contractsformen entsprechen, sind:

1) solutio per aes et libram. Sie geschah durch Aussprechen gewisser Worte vor fünf Zeugen und einem Libripens

c) Gaius IV. 116. 126.

und Hingeben eines Stückchen Erz. Sie fand Statt bey Obligationen, die per aes et libram oder durch Judicat oder durch Damnationslegat entstanden sind, vorausgesetzt daß der Gegenstand des letztern ein Certum und eine res ist, quae pondere oder numero constat und kommt im justinianischen Recht nicht mehr vor.[a])

2) acceptilatio (verbis) entsprechend der verborum obligatio.[b]) Quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo.[c]) Sie ist nur möglich bey verborum obligationes und kommt auch noch im neusten Recht vor. Eine andere Obligatio kann aber in eine verborum obligatio verwandelt werden, um sie für diese Aufhebungsart geschickt zu machen, namentlich ist dieß bey mannigfaltigen Obligationsverhältnissen üblich, die man mit einem Schlag aufheben wollte, stipulatio aquiliana.[d]) Ob die acceptilatio auch für einen Theil der Schuld möglich sey, wurde bezweifelt. Justinian hat dafür entschieden.[e])

3) acceptilatio literis. Hat jemand gegen dieselbe Person expensum und acceptum auf eine Summe gleichartiger Gegenstände, so hebt sich beides auf. Daher konnte das expensum durch Eintragung eines gleichen acceptum getilgt wer-

---

a) Cic. de leg. II. 20. 21. Liv. VI. 14. Gai. III. 174. Festus v. nexum est (p. 165 a Müller). Huschke, Recht des Nexum S. 224—244. (Die Formel bei dem Nexum und Judicat Gai. III. 174: quod ego tibi tot milibus eo nomine vel eo iudicio damnatus [oder damnas] sum solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremam, quae perinde lege iure obligatur [?] erwartet auch nach Lachmann's und Huschke's neuesten Vorschlägen noch ihren Wiederhersteller. Der Schluß wird auf die Regel: Gai. L. 100 D. R. I. [50, 17]: omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt zu beziehen sein. Beim Damnationslegat wird statt des Nomen oder Judicats das Testament, statt des Geldes der etwanige sonstige Gegenstand in die Formel gesetzt. Rudorff zu Gai. III. 175. R.)

b) Dig. XLVI. 4 de acceptilatione. Cod. VIII. 44 de acceptilationibus. *c*) Gai. III. 169. 176.

d) L. 18 §. 1 D. de accept. (46, 4.) §. 3 Inst. quib. mod. toll. (3,29.)

e) Gaius III. 172. §. 1 Inst. quib. mod. toll. (3,29.)

den.[f]) Diese Aufhebungsart ist nur bey literarum obligationes möglich.

4) mutuus dissensus, entsprechend der obligatio consensu. Diese Aufhebung setzt voraus, daß die Obligatio noch auf dem bloßen Consensus beruht. Sonst wirkt sie nur durch ein pactum de non petendo.[g])

Allgemeine Aufhebungsarten:

1) solutio, Erfüllung,[h]) Leistung des geschuldeten Gegenstands. Diese hebt die Obligatio ipso iure auf. Sie hat folgende Erforderniſſe: der Gegenstand der Obligatio selbst muß geleistet werden. Wenn mit Zustimmung des Gläubigers aliud pro alio gegeben wird, datio in solutum, Geben an Zahlungsstatt, so war nach der Meinung der Sabinianer die Obligatio ipso iure aufgehoben, nach der der Proculianer nur ope exceptionis.[i]) Ferner muß die Zahlung an den Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten geschehen.[k]) Will der Gläubiger die Zahlung nicht annehmen, so kann der Schuldner die Schuld bey Gericht deponiren.[l]) Die Zahlung muß von dem, der sich auf dieselbe beruft, bewiesen werden.[m]) Der Beweis kann geführt werden durch Quittung, Empfangsbekenntniß, gegen welche innerhalb 30 Tagen die querela non solutae pecuniae gegeben wird.[n])

2) Es giebt Fälle, wo der Gläubiger befriedigt ist, ohne eigentliche Zahlung. Hier ist der Schuldner ope exceptionis befreit. Ein solcher Fall ist die Compensation,[o]) wenn der

---

f) Gaius IV. 64.

g) L. 35 D. de R. I (50, 17.)

h) Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43 de solutionibus et liberationibus.

i) Gai. IV. 168.

k) Gai. II. 84. 85. L. 12 pr. §. 4 L. 14. 15 D. de solut. (46, 3.)

l) L. 1 §. 3 D. de peric. (18, 6.)

m) L. 1 C. de probat. (4, 19.)

n) L. 14 §. 2. 3 C. de non num. pec. (4, 30.)

o) Gai. IV. 61—69. Paul. sent. II. 5. 3. Dig. XVI. 2. Cod. IV. 31 de compensationibus. Bethmann-Hollweg Beitrag zur Lehre von der

Gläubiger hinwiederum Schuldner seines Schuldners ist und der Gegenstand beider Forderungen fungible Sachen gleicher Art sind, also Abrechnung zulassen, so können beide Forderungen durch Abrechnung ganz oder theilweise aufgehoben werden. Jeder ist dadurch befriedigt, daß er das was er schuldet behält, so daß nur der Ueberschuß der einen Forderung über die andere bleibt.

Ursprünglich galt nur bey bonae fidei obligationes der Grundsatz, daß der Richter auf solche Gegenforderungen Rücksicht zu nehmen hat, vor allem ex eadem causa, dann aber auch ex dispari causa. Es liegt dieß schon im Officium Judicis, in den Worten ex bona fide, denn der Gläubiger handelt dolose, wenn er fordert was er sofort zurückgeben muß. Es ist daher auch keine Exceptio in der Formel nothwendig.[p]) Außerdem muß ein Argentarius immer abziehen, was er seinem Gegner nach seinen Büchern schuldet, weil das acceptum das expensum ipso iure tilgt. Thut er es nicht, so hat er zu viel gefordert und verliert den Proceß. Auch hier ist also keine Exceptio nöthig.[q]) Endlich wird die Compensation, jene Erfor-

Compensation, Rhein. Mus. I. 257 f. (Die Einsicht in den Zusammenhang dieser Lehre ist wesentlich gefördert durch die scharfsinnige und eindringende Untersuchung von Brinz, die Lehre von der Compensation 1849 und v. Scheurl, Beiträge [1852] Nr. VII. Vgl. Note r. R.)

p) L. 173 §. 3 D. de R. I. (50, 17.) Die Einrede der Compensation war bey bonae fidei iudicia zu exprimiren, aber sie galt ursprünglich als eine ganz specielle, nur ex eadem causa (Savigny System V S. 467). Nachher entstand die Ansicht, sie sey als doli exceptio zu behandeln, wodurch es kam, daß sie allgemein auch ex dispari causa zugelassen wurde.

q) Gai. IV. 64. 66. 68. Plaut. Aulul. III. 5, 55. 56 ubi disputata est ratio cum argentario, Etiam plus ipsus debet argentario. Captiv. I. 2, 89 subducam ratiunculam, quantillum argenti mihi apud trapezitam siet. (Der Argentarius muß als öffentlicher Rechnungsführer den Abzug selbst besorgen [agere cum compensatione], dieser bleibt nicht wie im b. f. Judicium dem Richter überlassen. Er darf also weder einfach sein Guthaben noch seinen Saldo einklagen, weil er erstern Falls die Gegenforderung seines Geschäftsfreundes unbillig ignoriren würde, während er sie im letztern

dernisse vorausgesetzt, auch gegen strictae actiones zugelassen. Hier ist nun aber eine exceptio doli nothwendig. Dafür wird ein Rescript des D. Marcus angeführt.[r]) Bey Geltend=

---

unbedingt anerkennte, seine Intentio lautet vielmehr si paret N. N^{um} A^{o} A^{o} decem milia dare oportere amplius quam A. A^{um} N. N^{o} dare oportet. In der Mitte zwischen der compensatio des Argentarius und den b. f iudiciis steht die deductio des bonorum emtor, der eine um Prozente gekaufte Forderung des defraudator von dem Schuldner und gleichzeitigen Gläubiger des letztern einklagt. Gai. 4, 65 sqq. L. 15 D. ratam (46, 8) L. 11 C. depos. (4, 34.) Er muß die Gegenforderung des letztern zum vollen Betrage, nicht blos zum Prozentsatze in Abzug bringen. Da es sich aber um eine Vermögensgesamtheit handelt und daher auch ungleichartige und befristete Gegenforderungen zur Liquidation kommen, so kann und braucht er die Rechnung nicht selbst zu stellen, sondern nur den Iuder zu einer deductio in der Litisästimation zu autorisiren, die in der condemnatio etwa so erwähnt wird: si paret N. N^{um} L^{o} Titio [defraudatori] X milia dare oportere iudex quantum inde supererit, deducto quicquid L. Titium N^{o} N^{o} ob eam rem, quod is de N^{o} N^{o} centum modios tritici boni emit, ex fide bona dare facere oportet, tanti N. N^{um} A^{o} A^{o} condemna, si n. p. a. Vgl. Dernburg Emtio Bonorum. 1850. S. 147. v. Scheurl a. a. O. S. 155. R.)

r) §. 30 Inst. de actionibus (4, 6). Savigny System V S. 468. 472. (Dies war aber eine Einrede der Retention, nicht der Compensation: eine doli exceptio wegen compensabler Gegenforderung kennt schon Julian L. 2 D. de compens. [16, 2] nur freilich nicht mit der Wirkung, daß abgerechnet, sondern abgewiesen wird, so daß nicht durch sie, sondern wegen ihrer außergerichtlich Compensation eintritt. Diese exceptio doli fiel aber schon in der dritten Periode weg [Note s.] und das Recht des Argentarius wurde die Regel. In der vierten Periode wurde auch die Einrede der Retention aufgehoben und die neue Compensation wirkt daher ipso iure nur ohne causa cadere. Brinz §. 25. 29. 32. 36. 39. — Einfacher erklärt jetzt Scheurl a. a. O. S. 161 ff. nach Theophilus ad §. 30 I. cit. das Rescript von Marcus dahin, daß wenn der Schuldner gegen eine Condiction wegen einer Gegenforderung in iure doli exceptio vorschützte, der Formel eine Einrichtung gegeben werden sollte, nach welcher der Kläger nicht mehr, wie es nach Einschaltung jener Exception geschehen müßte, mit seiner ganzen Forderung abgewiesen, sondern diese blos gemindert wird. Dies geschah so, daß die Intentio entweder wie die des Argentarius auf das amplius, oder nach erfolgtem Abzuge der Gegenforderung [deductio

machung der Compensation wird die Forderung als erloschen angesehen von der Zeit an, wo die Gegenforderung entstand.[s])

3) Eine Befriedigung des Gläubigers liegt auch darin, daß mit der Zustimmung des Gläubigers an die Stelle der bisherigen Forderung eine andere tritt. Dieß Rechtsgeschäft heißt novatio,[t]) Umwandlung der bisherigen Obligatio in eine neue, welche an die Stelle der alten dadurch aufgehobenen tritt. Die Novation setzt eine bestehende Obligatio voraus (welche auch eine naturalis seyn kann), daher bey einer bedingten Obligatio auch die neue, durch Novation entstandene, bedingt ist.[u]) Die Novation enthält somit zweierley: Aufhebung der alten, Entstehung einer neuen Obligatio.[v])

Diese Wirkung ist manchen Umständen durch das Recht beigelegt worden, so daß sie eine unwillkührliche Folge derselben ist, novatio necessaria, durch Litisconteſtation und Urtheil.[w]) Aber sie kann auch absichtlich durch ein zu diesem Zweck vorgenommenes Rechtsgeschäft hervorgebracht werden, novatio voluntaria. Die Form ist hier die Stipulation oder Literae, letztere bey den nomina transscripticia, §. 274. Ein

---

in diesem Sinne] auf den Saldo gerichtet wurde. Paul. II. 5. 3. Durch diese gleichsam durch das Recht selbst [ipso iure] und den Richter bewirkte Abänderung sparte man das Rechtsgeschäft der Compensation und cautio de rato L. 21 D. h. t. Die Gefahr durch plus petere Alles zu verlieren dauerte freilich bis in die vierte Periode fort. R.)

s) L. 4. 21 D. de compens. (16, 2.)

t) Gai. III. 128. 129. 176—179. Paul. sent. V. 8. Dig. XLVI. 2 Cod. VIII. 42 de novationibus et delegationibus.

u) L. 14 pr. eod. L. 36 D. de reb. cred. (12, 1.)

v) L. 1 D. de nov. (46, 2): Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione.

w) Gaius III. 180. 181. IV. 106. 107. Vat. fragm. §. 263. L. 29 D. de novat. (46, 2.)

Beispiel der Novation durch Stipulation ist: quod te mihi ex causa emti centum milia dare oportet, haec centum milia dare spondes? spondeo. Hier wird die Obligatio ex emto aufgehoben und eine Obligatio ex stipulatu an ihre Stelle gesetzt. Es bedarf nicht erst eines besondern Aufhebungsacts, die Aufhebung liegt schon in dem ganzen Geschäft, daher bildet die Novation selbst eine Aufhebungsart. Nur wo solutio per aes et libram vorgeschrieben war, mußte diese nach älterem Recht vorausgehen. Immer ist der animus novandi wesentlich, sonst gilt die alte, wie die neue Obligatio. Die römischen Juristen stellten Fälle auf, wo der animus novandi präsumirt werden solle, iure fit novatio, worüber indessen Streit war.[x]) Justinian bestimmte, der animus novandi solle nie präsumirt werden.[y])

Die neue Obligatio kann sich von der alten unterscheiden, entweder bloß durch die causa, so in dem vorigen Beispiele und der stipulatio aquiliana, oder durch den Inhalt, z. B. feste Bestimmung des Gegenstandes, dies, Bürgen, endlich in den Personen. Es kann nämlich dadurch ein neuer Schuldner statt des alten eintreten, ohne Mitwirkung des alten, expromissio schlechtweg,[z]) oder mit derselben, delegatio. Ferner ein neuer Gläubiger, den der alte an seine Stelle treten läßt, delegatio.[aa])

Jene doppelte Wirkung der Novation kann auch theilweise eintreten, durch bloße Aufhebung, nicht durch Entstehung einer neuen Obligatio. Zwey Fälle sind zu unterscheiden:

a) Ist die neue Obligatio ungültig aus einem Grund, der den ganzen Act trifft, so tritt gar keine Wirkung ein. So

---

x) Gaius III. 177. 178.

y) L. 8 C. de nov. (18, 42) §. 3 Inst. quib. mod. toll. (3, 29.)

z) L. 8 §. 5 D. de novat. (46, 2) L. 91 D. de solut. (46, 3.)

aa) L. 11 D. de novat. (46, 2): delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.

wenn mit einem Peregrinen stipulirt worden ist; ist die neue Obligatio bedingt, so ist es die ganze Novation. Servius war anderer Meinung, die aber verworfen wurde.

b) Ist sie aus einem andern Grund ungültig, so gilt wenigstens die Aufhebung. Ausgenommen wenn die Handlung mit einem Sclaven vorgenommen worden ist, der obligirt werden soll. Eigentlich wäre hier die alte aufgehoben, denn das Geschäft mit dem Sclaven ist nicht völlig wirkungslos. Dieß war auch Servius Meinung. Die Praxis jedoch war eine andere.[bb])

4) Die Obligationen können auch ohne Befriedigung des Gläubigers aufgehoben werden, theils absichtlich, theils unwillkührlich. Absichtlich durch das pactum de non petendo, Erlaßvertrag.[cc]) Dieses wirkt regelmäßig nur ope exceptionis, durch ein späteres pactum de petendo wird wieder alles wie zuvor (§. 279 c). Eine Ausnahme findet Statt bey der iniuriarum actio und actio furti, wo die Zwölf Tafeln dem Pactum directe Wirkung beigelegt haben.[dd]) Ferner, wo es dissensus ist, der den consensus aufhebt, wird ebenfalls die Obligatio absichtlich aufgehoben.[ee]) Keine Aufhebung bewirkt das pactum, wenn es auf Zeit oder auf gewisse Personen gestellt ist, pactum ne intra certum tempus petatur, oder in personam, ne a me petas, hier ist gegen die Erben eine Klage möglich.[ff]) — Ein pactum de non petendo liegt auch im Vergleich, transactio,[gg]) vertragsweiser Bestimmung eines unge-

---

bb) Gai. III. 179.

cc) Dig. II. 14. Cod. II. 3 de pactis (et conventis).

dd) L. 6. 7 §. 15 D. de pact. (2, 14.)

ee) L. 27 §. 2. 3 D. de pact. (2, 14.)

ff) Gai. IV. 122.

gg) Dig. II. 15. Cod. II. 4 de transactionibus. Cod. Theod. II. 19 de pactis et transactionibus. (Das pactum wie die transactio beziehen sich gar nicht auf die Obligatio, sondern auf die Actio, sie sind Friedens- und Sühneverträge, welche die Rechtsverfolgung durch gütliche Beilegung

wissen überhaupt streitigen Rechtsverhältnisses durch gegenseitiges Nachlassen.[hh]) — Auch ein beigefügter Endtermin hat die Wirkung der Aufhebung ope exceptionis.[ii])

Unwillkührliche Aufhebungsarten ohne Befriedigung sind: die Confusion, Zusammentreffen von Forderung und Schuld in einer Person. Ferner: Capitis Deminutio, doch sind davon ausgenommen die obligationes ex delicto und Obligationen, die naturalem praestationem haben, auf einem natürlichen Bedürfniß oder Grund beruhen, z. B. Alimente.[kk]) Nur der civile Theil der Obligatio geht unter, naturalis obligatio manet. Den Gläubigern wird gegen die capitis deminutio ihrer

---

abwenden oder die schon begonnene endigen sollen. Im ältesten Recht war es die eigenmächtige Rechtsverfolgung, welche durch die Sühne abgekauft wurde: die Talion bei der Injurie, die Züchtigung des ergriffenen Diebes [§. 277 k, kk], die Manus Injectio gegen den Verurtheilten [Bd. II. §. 179 l] oder vor Gericht Gerufenen [L. 22 §. 1 D. de in ius voc. 2, 4, bei welcher letztern Veranlassung die Lehre vom pactum und der transactio in den Quellen vorkommt]: in dieser Zeit war pactum die Herstellung des durch den Friedensbruch verletzten Rechtsfriedens [L. 1 §. 1 D. de pactis 2, 14 inde etiam pacis nomen appellatum est], transactio das Ende der Fehde [finis litis L. 229. 230 D. de V. S. 50, 16]. Im spätern Recht, in welchem an die Stelle der Eigenmacht die Anklage oder Delictsklage trat, transigirte man über diese, nur durfte der Vertrag nicht gegen die Strafgesetze und Strafprozeßordnung verstoßen [L. 7 §. 7 D. de pactis (2, 14) L. 18 C. de transact. (2, 6) L. 1 §. 7 D. ad S. C. Turpill. 48, 16]. Auch entgieng der depectus der Infamia nicht [Bd. II §. 216 l]. Selbst im Gebiet der Geschäftsklagen kann man pacisciren [Note dd], immer aber ist es die Klage [petitio] geblieben, welche durch das Pactum de non petendo aufgehoben wird und darin liegt der Unterschied von dem consensus in contrarium, welcher zwar eben so formlos ist, wie das Pactum, aber nicht die Rechtsverfolgung sondern ihre Quelle, die Obligatio trifft. Vgl. die klare und überzeugende Auseinandersetzung v. Völderndorff's Zur Lehre vom Erlaß. 1850. Vgl. darüber Scheurl Beitr. 1854 No. XIV. R.)

hh) L. 1 D. de transact. (2, 15): qui transigit, quasi de re dubia ab lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit.

ii) L. 44 §. 1 D. de obl. et act. (44, 7.)

kk) L. 2 §. 3 L. 7 §. 1 L. 8—10 D. de cap. min. (4, 5.)

Schuldner geholfen: 1) bey der maxima und media haben sie Ansprüche gegen die an welche das Vermögen kommt, wenigstens auf Ueberlassung desselben,[ll]) 2) bey der minima wird dem Gläubiger seine Klage restituirt.[mm]) Endlich: Tod. Diese Aufhebungsart tritt jedoch nur ausnahmsweise dann ein, wenn Forderung und Verbindlichkeit nicht auf die Erben übergeht.[nn])

---

ll) Gai. III. 84.
mm) Gai. IV. 38.
nn) Gai. IV. 110. 111. §. 1 Inst. de perp. et temp. act. (4, 12.)

Neuntes Kapitel.

Die den Vermögensrechten analogen Rechte an Personen.[a])

Potestas über Sclaven.

CCLXXXI. Unter den verschiedenen Arten von Rechten treten besonders zwey am stärksten vor, welche gewissermaßen Fundamente des Privatrechts sind. Einmal die Rechte an Sachen, an der Spitze derselben das Eigenthum, der Grundbegriff des Vermögens. Ihnen schließen sich die Obligationen an, das Moment der Bewegung im Recht; der Uebergang und Austausch von Gütern, der Verkehr, wird durch die Obligationen vermittelt. Die zweite Hauptmasse von Rechten sind die Rechte an Personen. In dieser Form erscheinen die Familienverhältnisse im Recht.

Die Familienverhältnisse sind entweder reine oder den Vermögensrechten analoge Rechte an Personen. Dieß sind die im römischen Recht unter dem Namen ius zusammengefaßten: potestas an Sclaven und Kindern, manus, mancipium. Nach ältestem Recht wurde auch die Tutel als eine solche Gewalt behandelt. Im justinianischen Recht ist die zweite und dritte

---

a) Gai. I. 48—141. Inst. I. 8—12.

Gewalt untergegangen. Man kann diese Rechte überhaupt so definiren: Es sind Gewalten an Personen in vermögensrechtlicher Hinsicht, Gewalten über die vermögensrechtliche Stellung der Person.

Sclaven werden erstens als Sachen behandelt: in so fern stehen sie im Eigenthum, zweitens als Menschen: in so fern sind sie zugleich der Potestas unterworfen.

Die Potestas über Sclaven hat zwey Seiten. Sie enthält einmal eine Gewalt über die Existenz des Subjects, deren Gipfel das ius vitae et necis ist (Bd. II §. 212). Zweitens erwirbt der Sclave nicht sich, sondern dem Herrn, in dessen Gewalt er steht (Bd. II §. 203). Der Sclave ist ein Werkzeug, durch das der Herr Rechtsgeschäfte vornehmen kann,[b]) natürlich mit Ausnahme solcher Handlungen, deren eine servilis persona unfähig ist z. B. gerichtlicher Handlungen.[c]) Nimmt nun der Sclave eine Erwerbshandlung vor, so erwirbt der Herr, mag nun der Sclave ausdrücklich für ihn gehandelt haben oder nicht: der Sclave ist ein nothwendiger Repräsentant des Herrn.[d]) Zu reinen Erwerbshandlungen ist ein Befehl des Herrn nicht nothwendig, wohl aber, wenn mit dem Erwerb eine Verpflichtung untrennbar verbunden ist z. B. bey dem Antritt einer Erbschaft.[e]) Eine Ausnahme tritt ferner ein beim Erwerb des Besitzes, diesen erwirbt der Herr durch den Sclaven nicht ohne sein Wissen und Wollen (Bd. II §. 228).

Der Herr kann von seinem Vermögen einen Theil absondern und dem Sclaven zur Verwaltung überlassen, ein solcher Theil heißt peculium, er ist jedoch nur factisch, nicht rechtlich vom Vermögen des Herrn getrennt. Peculium ist aber ein Gut

---

b) pr. Inst. de stip. serv. (3, 17): servus ex persona domini ius stipulandi habet. L. 5 §. 4 de auct. tut. (26, 8): solent honestiores non pati, nomina sua instrumentis inscribi.

c) Gai. II. 96.

d) L. 1 pr. D. de stip. serv. (45, 3.)

e) Gai. II. 87. Ulp. XIX. 18. 19 pr. Inst. per quos poss. (2, 9.)

nicht schon dadurch, daß der Sclave es im Besitz hat, sondern es muß eine concessio peculii hinzukommen.[f]) Es wird vermehrt durch den Erwerb des Sclaven, den er mit den res peculiares macht.[g]) Wenn ihm libera administratio gegeben ist, ist er auch zur Veräußerung befugt, nur nicht zum Verschenken.[h]) Durch die concessio peculii erklärt der Herr im Allgemeinen seinen Willen, daß der Sclave für ihn erwerbe, daher kann dieser ohne dessen Wissen Besitz für das Peculium also für den Herrn erwerben (Bd. II §. 228).

Die Potestas über den Sclaven wird erworben mit dem Eigenthum,[i]) aber nur der Eigenthümer, der den Sclaven in bonis hat, hat die Potestas mit obiger Wirkung. Mehrere Miteigenthümer haben die Potestas und erwerben also durch den Sclaven Jeder pro rata, nur wenn der Sclave ausdrücklich bloß für einen seiner mehrern Herrn erwirbt, ist eine Ausnahme begründet. Wenn der Sclave bloß auf den Befehl eines der Herrn eine Erwerbshandlung vornimmt, aber ohne Hinzufügung des Namens bey der Ausführung, so erwirbt er nach den Sabinianern, deren Meinung auch Justinian recipirte, nur diesem allein, nach den Proculianern dagegen erwirbt er Beiden.[k]) Ein dingliches Recht außer dem Eigenthum giebt keine Potestas, doch ist ein Erwerb durch den Sclaven angenommen worden zu Gunsten des Usufructuars. Indessen erwirbt dieser durch den Sclaven nur aus zwey Gründen: 1) ex re sua d. h. wo das eigene Gut des Usufructuars den Erwerb vermittelt, dieser Erwerb liegt schon im usus des Sclaven; 2) ex operis servi, d. h. wo die Dienste des Sclaven den

---

f) L. 4 pr. §. 2 D. de peculio (15, 1).

g) L. 31 §. 2 D. de donat. (39, 5.)

h) L. 7 D. de donat. (39, 5.)

i) L. 215 D. de V. S. (50, 16): potestatis verbo plura significantur, in persona servi dominium.

k) Gai. III. 167. §. 3 Inst. per quos pers. obl. (3, 28.) L. 6 D. de stip. serv. (45, 3.) L. 3 C. per quos (4, 27).

Erwerb vermitteln, dieser Erwerb liegt erst im fructus. Derselbe beschränkte Erwerb wurde angenommen für den bonae fidei possessor eines Sclaven und eines freien Menschen. [1])

Verpflichtet wird der Herr abgesehen von den actiones adiecticiae qualitatis (§. 266) und den Noxalklagen (§. 277) durch die Geschäfte und Delicte des Sclaven nicht.

Patria Potestas. [a])

CCLXXXII. Die Kinder stehen unter gewissen Voraussetzungen in der Potestas des Vaters. Diese Potestas war ursprünglich der über die Sclaven gleich, später wurde sie bedeutend modificirt, obwohl noch immer eine Analogie blieb. Zwey Punkte sind zu unterscheiden, in denen der Charakter der väterlichen Gewalt besteht: die persönliche Macht des Vaters und der Erwerb durch die Kinder.

1) Die Macht über die Existenz war ursprünglich uneingeschränkt. Der Vater hatte namentlich das ius vitae et necis, von dessen Ausübung wir viele Beispiele finden. Noch in der lex pompeia de parricidiis sind die Kinder nicht genannt. [b]) So geht auch aus den Comödien des Plautus hervor, daß das tollere filium willkührlich und eine Aussetzung möglich war. [c]) Nur eine Beschränkung des ius vitae et necis war durch ein altes Gesetz, das dem Romulus zugeschrieben wurde, gegeben, ein Kind unter drey Jahren durfte nicht getödtet werden, wenn es nicht mit Zuziehung von fünf Zeugen für eine Mißgeburt erkannt war, eine solche aber sollte nach den Zwölf Tafeln sofort getödtet werden. [d]) Der Vater hat das Recht der

---

l) Gai. II. §. 86. 91. 92. III. 164—166. §. 1. 2 Inst. per quos pers. nob. obl. (3, 28.)

a) Inst. I. 9. Cod. VIII. 47 de patria potestate.

b) L. 1 D. de lege pompeia (48, 9).

c) Plaut. Amphitruo I. 3, 3.

d) Dionys. II, 15: ἀποκτιννύναι δὲ μηδὲν τῶν γενομένων νεώτε-

Mancipatio. Söhne fallen zweimal in die Patria Potestas zurück. Dieß ist nicht eine Ungunst gegen die Söhne, sondern eine Begünstigung. Sie verlieren nicht so leicht das gesetzliche Erbrecht.[e])

Diese Strenge milderte sich. In der dritten Periode kam das ius vitae et necis nicht mehr zur Anwendung ohne obrigkeitliche Anordnung. Härtere Strafen, die über Züchtigung hinausgehen, finden bloß unter Mitwirkung der Obrigkeit Statt.[f]) Auch die Mancipation wurde wahrscheinlich auf noxae datio und Scheinmancipatio beschränkt. Ein Gläubiger soll relegirt werden, der wissentlich einen Filiusfamilias als Pfand von dem Vater angenommen hat.[g])

Nach neustem Recht ist das ius vitae et necis ganz aufgehoben. Tödtung des Kindes ist parricidium,[h]) nur mäßige Züchtigung ist erlaubt.[i]) In andern Fällen tritt die Obrigkeit ein. Das Mancipationsrecht verlor sich, auch die Scheinmancipation ist im justinianischen Recht aufgehoben. Nur erlaubt Constantin sanguinolenti, ebengeborne Kinder im Fall der Noth zu verkaufen, jedoch mit steter Möglichkeit der Auslösung.[k]) In Novelle 134 c. 7 verbietet Justinian die Verpfändung der Kinder und erschwert die Strafen für die Gläubiger, die ein solches Pfandrecht ausüben wollen.

ρον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον, ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τοὺς γειναμένους, ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κᾀκείνοις συνδοκῇ. Cic. de legib. III. 8: cito necatus tanquam ex XII tabulis, insignis ad deformitatem puer. *e*) Ulpian. X. 1.

f) L. 3 C. de patria pot. (8, 47.)

g) Gaius I. 114. S. auch L. 5 D. quae res pign. (20, 3.) Paul. sent. V. 1, 1.

h) L. un. C. Th. de parricidiis (9, 15) = L. un. C. de his, qui parentes vel liberos occiderunt (9, 15).

i) L. un. C. Th. de emend. prop. (9, 13) L. un. C. eod. (9, 15.)

k) L. 2 C. de patr. qui fil. suos distraxerunt (4, 43). Vgl. Vat. fragm. §. 34. L. un. C. Th. de his, qui sanguinol. (5, 8.)

2) Erwerb durch die Filii. Nach altem Recht erwirbt der Sohn alles dem Gewalthaber, wie der Sclave. Nur nicht durch legis actio, weil hier niemand für einen Andern auftreten kann.[l]) Dem Sohn kann ein Peculium gegeben seyn, wovon dasselbe gilt, wie beim Sclaven, durch dasselbe sind Obligationen möglich zwischen Vater und Sohn.[m]) Dagegen kann ein Filiusfamilias kein Vermögen haben (Bd. II §. 219).

Diese Regel erlitt Ausnahmen, wodurch also auch die Regel modificirt wurde, daß der Sohn nothwendig dem Vater erwerben müsse.

Die erste Ausnahme wurde in der dritten Periode (wahrscheinlich schon unter August) zu Gunsten der Soldaten gemacht. Was ein Filiusfamilias qua Soldat erwirbt, z. B. Equipage, Sold, Beute, von Kameraden, das erwirbt er nicht dem Vater, sondern sich zu vollem, unbeschränktem Eigenthum, wie wenn er Paterfamilias wäre und er wird in Beziehung darauf durchaus wie ein Paterfamilias behandelt. Daher kann er z. B. selbst mit seinem Vater einen Proceß führen, testiren, früher nur solange er Soldat war, später auch nachher. Stirbt er aber ohne Gebrauch von diesem Recht gemacht zu haben, so fällt das Hinderniß des väterlichen Rechts weg, der Vater zieht jenen Erwerb des Sohnes ein, wie ein Peculium, das er dem Sohne überlassen, es tritt also die Beurtheilung iure communi ein. Daher der Ausdruck peculium castrense.[n])

Ein besonderer Fall wurde unter Hadrian hinzugefügt:

---

l) Gaius II. 87. 96.

m) L. 38 D. de cond. indeb. (12, 6.)

n) L. 2 D. de castrensi peculio (49, 17) : si filiusfamilias miles decesserit, siquidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferentur : si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.

wenn der Vater ein Fideicommiß, das er dem Sohn nach Aufhebung der Patria Potestas restituiren soll, anfängt zu vergeuden, so soll er, da zwischen beiden keine Caution möglich ist, es schon jetzt restituiren; der Sohn erhält das volle Eigenthum, nach Analogie des Castrense, nur nicht das Recht zu testiren. [o])

In der vierten Periode wurden die Fälle des eigenen Erwerbs sehr vermehrt.

1) Der Erwerb der Söhne im Staatsdienste wurde dem militärischen gleichgestellt. Dieser Vorzug, Anfangs nur einzelnen Staatsämtern beigelegt, wurde immer weiter ausgedehnt, endlich allgemeiner Grundsatz; alle öffentlichen Besoldungen und Einkünfte von Staatsdiensten, auch sonstige Geschenke des Regenten und die Einkünfte der Geistlichen sollten diesen Charakter haben. Dieser Erwerb hieß peculium quasi castrense. Im Gegensatz zu diesem und dem castrense hieß das alte, gemeinrechtliche, paganum peculium. [p]) Auch das Recht zu testiren verband Justinian allgemein mit dem quasi castrense. Indeß war dadurch dieses peculium castrense und quasi castrense immer noch nicht der väterlichen Gewalt definitiv entzogen, denn wenn der Sohn intestatus starb, fielen diese Güter iure peculii an den Vater. Später aber wurde verordnet, daß gewisse Personen auch ab intestato dem Vater vorgehen sollten. [q]) Endlich verordnete Justinian, daß die Intestaterbfolge wie bey einem Paterfamilias eintreten, der Vater nur als Erbe succediren solle. Nun also können diese Güter nicht mehr Peculium heißen, sondern bona castrensia und quasi castrensia.

2) Nach Constantin soll die mütterliche Erbschaft dem Kinde

---

o) L. 50 D. ad S. C. trebell. (36, 1.)

p) C. I. 3 de episcopis et clericis — et castrensi peculio — XII. 31 de castrensi omnium palatinorum peculio, 37 de castrensi peculio militum et praefectianorum.

q) Pr. Inst. qu. non est perm. f. t. (2, 12.)

als Eigenthum zufallen, der Vater aber den lebenslänglichen Nießbrauch mit der Verwaltung haben. Sie wird demnach dem Vater erworben, aber ohne Dispositionsbefugniß, so daß dem Kinde die Sachen erhalten werden.[r]) Nachher wurde diese Bestimmung ausgedehnt auf alle bona materni generis, auf alles was dem Kinde von der Mutter oder den mütterlichen Großeltern durch Erbschaft, Schenkung u. s. w. zufällt, zuerst von Gratian, Valentinian und Theodosius, nachher von Honorius.[s]) Theodosius II und Valentinian III fügten die lucra nuptialia, den Erwerb von den Gatten, hinzu.[t]) Hier wurde denn auch bestimmt, wie es mit diesen Gütern nach dem Tod des Kindes zu halten sey. Früher hatte der Vater die Güter wie ein Peculium eingezogen, nach der neueren Bestimmung gehen ihm die Descendenten des Kindes vor, nach Leo und Anthemius auch die Geschwister.[u]) Aber hier behält er dann wenigstens den Nießbrauch ganz oder theilweise. Endlich verordnete Justinian, daß alles, was der Filiusfamilias nicht ex re patris erwirbt, wie das Muttergut behandelt werden solle.[v]) Alle diese Güter, bey denen dieß besondere Recht eintritt, nennt man jetzt adventicia bona (im Gegensatz zu den Erwerbungen ex re patris, die man profecticia nennt). In einigen Fällen hat der Vater nicht einmal den Nießbrauch, ohne daß das Gut zum quasi castrense erklärt ist, das sind adventicia extraordinaria s. irregularia, z. B. Stipendien.

Das Resultat des Bisherigen ist folgendes: der Sohn erwirbt etwas 1) ex re patris. Daran erhält er kein Recht, der Vater kann kein Recht an den Sohn übertragen. Ueberläßt es ihm der Vater zur Verwaltung, so heißt es Peculium, im neuesten Recht ist es wieder das einzige Peculium, da die übrigen Fälle nicht mehr passend so genannt werden können. Jener Grundsatz hat nur eine Ausnahme, bey bona castren-

r) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60.)

s) L. 2 C. eod.

t) L. 1 C. de bon. quae lib. (6, 61.)

u) L. 4 C. eodem.

v) L. 6 pr. §. 1 C. eod.

sia, wenngleich der Erwerb ex re patris herrührt, gilt der Sohn als Eigenthümer und Paterfamilias.

2) anders woher. Hier ist es in der Regel adventicium und zwar regelmäßig regulare, zuweilen irregulare. Eine Ausnahme findet Statt, wo der Erwerb unter den Begriff der bona castrensia oder quasi castrensia fällt.

CCLXXXIII. Die väterliche Gewalt entsteht[a]) vor allem durch Erzeugung in einer römischen Ehe, legitimum matrimonium, sie ist eine der civilrechtlichen Wirkungen der Ehe. Der in einer solchen Ehe Erzeugte kommt mit seiner Geburt in die patria potestas 1) dessen, der mit der Mutter in einer solchen lebt, 2) wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt ist, dessen, der den Vater in seiner Gewalt hat. Wer selbst in patria potestate ist, kann nicht einen Andern darin haben. Väterliche Gewalt ist möglich nicht bloß über Söhne und Töchter, sondern auch über Enkel als solche, d. h. über die Enkel von Söhnen, nicht von Töchtern. Immer kann die väterliche Gewalt nur inter cives romanos stattfinden.[b])

Der Mangel eines legitimum matrimonium kann zuweilen nachholend beseitigt werden, das Kind also dadurch in die väterliche Gewalt seines Vaters kommen, in die es nicht schon durch seine Geburt kam. Diese Wirkung hat die causae probatio, wodurch Latinen und Peregrinen mit ihren Gatten und Kindern die Civität erlangen, ihre Ehe in ein legitimum matrimonium verwandeln und so zugleich die schon geborenen Kinder, indem das Hinderniß, welches entgegenstand, gehoben wird, in ihre Gewalt bringen. So bey der causae probatio wegen eines anniculus ex lege aelia sentia, sodann erroris causae probatio ex senatusconsulto.[c])

Im neusten Recht ist der Unterschied zwischen römischer und

---

a) Gaius I. 55—107. Ulpian. V. VI §. 4. VIII. Inst. I. 9—11.

b) Gaius I. 55.

c) Gaius I. 29 – 32. 66—75. Bd. II §. 218.

nichtrömischer Ehe verschwunden. Die Entstehung der väterlichen Gewalt setzt nur eine gültige Ehe überhaupt voraus. Der Mangel dieser kann nun nach dem Recht der vierten Periode ebenfalls gehoben und dadurch uneheliche Kinder in die Gewalt ihres Vaters gebracht werden. Concubinenkinder, naturales liberi, können die Eigenschaft von ehlichen erhalten und so in die Gewalt ihres unehlichen Vaters kommen, wie wenn sie in der Ehe erzeugt wären. Den Act, wodurch dieß geschieht, nennt man Legitimation.[d])

Zuerst verordnete Constantin, daß nachfolgende Ehe zwischen dem Vater und der Concubine die Kinder legitimiren solle (legitimatio per subsequens matrimonium), jedoch nur temporär. Ebenso Zeno mit ausdrücklicher Beschränkung auf die damals schon geborenen Concubinenkinder. Durch Anastasius wurde diese Bestimmung allgemeiner Rechtssatz, unter Voraussetzung des Nichtvorhandenseyns ehlicher Descendenten.[e]) Justinus hob dieß Gesetz auf und verordnete wieder wie Zeno nur für die Gegenwart.[f]) Justinian endlich erhob jene Bestimmung zu einem dauernden Rechtssatz und zwar ohne die Beschränkung des Anastasius.[g]) — Anastasius hatte die Arrogation natürlicher Kinder durch kaiserliches Rescript erlaubt, Justinus verbot sie, ebenso Justinian. Später aber gestattete er die Legitimation durch kaiserliches Rescript, wofern die Ehe nicht mehr möglich und keine ehliche Descendenz vorhanden war (legitimatio per rescriptum principis).[h]) — Endlich wenn der Vater seinen natürlichen Sohn zum Decurio machen läßt, oder die Tochter an einen Decurio verheirathet, sollen die Kinder ebenfalls legitimirt seyn, wenn keine ehliche

---

d) Cod. V. 27 de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis iusti efficiantur.

e) L. 5. 6 C. de natur. lib. (5, 27.)

f) L. 7 C. eod.

g) L. 10. 11 C. eod.

h) Nov. 74 c. 2. Nov. 89 c. 9. 10.

Descendenz da ist. So verordnet Justinian, aber schon Theodosius II hatte eine ähnliche Bestimmung getroffen.[i])

Die bisher genannten Entstehungen setzen voraus, daß das Kind leibliches Kind des Gewalthabers ist. Die väterliche Gewalt entsteht hier entweder vollkommen unwillkührlich oder wenn auch durch einen besondern Act, wie bey der causae probatio oder Legitimation, doch nicht rein durch den Willen, indem das von demselben unabhängige natürliche Kindesverhältniß vorausgesetzt wird. Die väterliche Gewalt kann auch rein willkührlich entstehen, durch ein Rechtsgeschäft, welches sie unter Personen, die durch kein natürliches Kindesverhältniß verbunden sind, hervorbringen kann. Die willkührliche Aufnahme in die väterliche Gewalt heißt Adoption im allgemeinen Sinn.[k]) Allgemeine Erfordernisse derselben sind: Beide, der Adoptirende wie der Adoptirte, müssen cives romani seyn. Der Adoptivvater darf kein Castrat, wohl aber ein spado seyn. Ebenso kann nur ein Mann nicht eine Frau adoptiren (doch ist durch kaiserliches Rescript auch eine Adoption möglich, welche das Kindesverhältniß zur Adoptivmutter hervorbringt). Ob ein Jüngerer einen Aelteren adoptiren könne, war streitig unter den römischen Juristen;[l]) im justinianischen Recht muß der Adoptirende achtzehn Jahre älter seyn, adoptio imitatur naturam. Es kann nicht zweimal derselbe adoptirt werden.[m]) Unter Umständen nur ex iusta causa, z. B. wenn mehrere adoptirt werden sollen oder der Adoptirende in dem Alter ist, wo er noch leibliche Kinder erwarten kann.[n]) Für die Adoption ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, die aber nach der Verschie-

i) L. 3. 4 C. eod.

k) Dig. I. 7 de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. Cod. VIII. 48 de adoptionibus.

l) Gaius I. 103—106. Vgl. Sueton. Tib. 2 (Beispiel des Clodius).

m) L. 37 §. 1 D. de adopt. (1, 7.)

n) L. 17 §. 2. 3 D. eodem. (Gegen die Beschränkung dieser Stellen auf die Arrogation [z. B. Vangerow Leitfaden §. 249] vgl. Puchta, Pandekten. §. 443 v. R.)

denheit der Fälle verschieden ist. Zwey Arten der Adoption sind zu unterscheiden. Sie kann nämlich geschehen:

1) imperio magistratus, in iure, wenn der Vater sein Kind in Adoption giebt, also der Adoptirte schon bisher in väterlicher Gewalt war, adoptio im engern Sinn. Nicht bloß der leibliche, sondern auch der Adoptivvater kann das Kind in Adoption geben.

Das Kind darf nicht widersprechen. Auch als Enkel kann es adoptirt werden, soll es jedoch als Enkel von einem bestimmten Sohn gelten, so muß dieser seine Zustimmung geben. Die Form war folgende: der Adoption muß eine Mancipation vorausgehen um die väterliche Gewalt des bisherigen Vaters aufzuheben, nachher folgte die in iure cessio um die des Adoptivvaters zu begründen. Daher der Ausdruck imperio magistratus. o) Nach Justinian genügte einfache Erklärung der Personen vor dem Richter.

Die Wirkung war diese: der Adoptirte kam aus der väterlichen Gewalt, in der er bisher gestanden hatte, in die des Adoptirenden. Die bisherige Agnation wurde aufgehoben und es entstand eine neue mit den Agnaten des Adoptivvaters. Der Stand des Adoptirten wurde nicht verringert: andrerseits aber wurde auch ein Freigelassener durch die Adoption nicht Freigeborener. Besondere Wirkung hatte die adoptio ex tri-

---

o) Gai. I. 98. 134. (Der Cedent ist der Vater oder der Käufer, jenachdem der Sohn jenem zurückmancipirt worden ist oder nicht: nach der unzweifelhaften Verbesserung und Ergänzung des §. 134 durch v. Scheurl [de modis liberos in adoptionem dandi. 1850] aut patri remancipatur et ab eo is qui adoptat, vindicat aput praetorem FILIVM SVVM ESSE — aut *non* remancipatur patri *sed ab eo vindicanti in iure ceditur, aput quem in tertia* mancipatione est — In ceteris vero liberorum personis — una scilicet mancipatio sufficit et aut remancipantur parenti aut *non* remancipantur — eine Verbesserung, durch welche die mühsamen und künstlichen Erklärungsversuche der iure mancipatio, welche man früher in der Stelle zu finden glaubte, ganz entbehrlich werden. R.) Gell. V. 19. Suet. Oct. 54.

bus maribus ex S. C. sabiniano, wenn ein Vater einen von drey Söhnen in Adoption giebt. Einem solchen muß der Adoptivvater den vierten Theil seines Vermögens hinterlassen. [p])

Justinian verordnete: Wenn der leibliche Vater seinen suus in Adoption giebt, so sollen jene Wirkungen nur eintreten, wenn der Adoptivvater leiblicher Ascendent des Kindes ist. Bey der Hingabe an einen Extraneus erhält dieser nicht die patria potestas, sondern das Kind nur ein Intestaterbrecht gegen ihn. [q]) Man nennt eine solche Adoption jetzt adoptio minus plena.

2) populi vel principis auctoritate, wenn jemand sich selbst in Adoption giebt, also ein homo sui iuris adoptirt wird, Arrogation. [r])

Nach älterem Recht konnte diese nur vor der Volksversammlung geschehen, nach vorhergegangener Prüfung von Seiten der Pontifen (apud pontifices). In der dritten Periode auch durch ein Rescript des Princeps, was später die einzige Form wurde. Dadurch wurde die Arrogation auch bey Frauenspersonen zuläßig, was früher wegen der Form nicht möglich war. Die causae cognitio, die früher den Pontifen zustand, hat nach neuerm Recht die Obrigkeit, der sie der Kaiser aufträgt. Sie geht darauf: 1) ob nicht ein Hinderniß vorhanden ist, das die Arrogation unmöglich macht, 2) ob sie nicht zum Nachtheil des Arrogirten geschieht, z. B. wenn ein Armer einen Reichen arrogiren will. Diese Fürsorge tritt besonders ein, wenn ein Impubes arrogirt werden soll. Früher war dieß unmöglich, nach neuerem Recht ist es erlaubt. Antoninus

p) Theoph. III. 1 §. 14.

q) L. 10 C. de adopt. (8, 48.)

r) Gell. V. 19: Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Eius rogationis verba haec sunt: Velitis iubeatis, quirites, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, quirites, rogo.

Pius bestimmte die Bedingungen näher, unter welchen die arrogatio impuberis zulässig seyn soll: 1) wenn sie zum Vortheil des Arrogatus geschieht, 2) wenn der Arrogator eine Caution durch Bürgen leistet (an einen servus publicus), wodurch dem Unmündigen oder seinen Erben sein Vermögen garantirt wird für den Fall der Emancipation oder wenn er in der Unmündigkeit versterben würde, 3) soll der impubes arrogatus Anspruch haben auf den vierten Theil der Erbschaft des Arrogators, quarta D. Pii.

Die Arrogation hat folgende Wirkungen: der Arrogator erhält die Patria Potestas auch über die, welche bisher in der Patria Potestas des Arrogirten standen. Ferner eine successio per universitatem. Das Vermögen geht auf den Arrogator über, soweit es nicht durch Capitis Deminutio untergeht, nach neuestem Recht erwirbt er nur den Usussfructus, d. h. das Vermögen des Arrogirten wird Adventicium. Den Gläubigern werden ihre durch die in der Arrogation enthaltene Capitis Deminutio zerstörten Klagen restituirt und sie erhalten, wenn sie der Arrogator nicht bezahlt, missio in bona arrogati mit dem Verkaufsrecht.[s]) Der Arrogatus selbst kann bey der Emancipation sein Vermögen wieder fordern.[t])

Es wird auch ein testamento adoptare erwähnt. Die Erklärung im Testament hatte aber nicht für sich Wirkung, sie war nur die Initiative zu einer Arrogation durch lex. So hatte Cäsar Octavian adoptirt, was dieser lege curiata bestätigen ließ.[u])

CCLXXXIV. Bey der Endigung der Patria Potestas[a]) ist der Unterschied wichtig, ob dieselbe mit einer Capitis Deminutio des Filius verbunden ist oder nicht; dort tritt er näm=

---

s) Gaius III. 82—84. *t*) L. 17 D. de adopt. (1, 7.)

u) Appian. de bello civ. III. 14.

a) Gai. I. 124—137. Ulp. X. Inst. I. 12 quibus modis ius patriae potestatis solvitur.

lich aus der bisherigen Agnation heraus. Dieß ist besonders für das ältere Recht von Bedeutung.

1) Die Endigung der väterlichen Gewalt ohne Capitis Deminutio des Sohnes erfolgt:

a) durch Tod des Gewalthabers, aber nur bey den sui. Die Enkel, die zugleich mit ihrem Vater in der Gewalt des Großvaters waren, fallen in die Gewalt jenes, der allein frey wird.

b) durch capitis deminutio maxima und media des Gewalthabers. Diese Endigung war nur bey cives romani möglich. Geräth der Gewalthaber in Kriegsgefangenschaft, so bleibt die väterliche Gewalt vermöge des ius postliminii suspendirt. Stirbt er in der Sclaverey, so soll er nach der Lex Cornelia bey Testamenten als zur Zeit der Gefangennehmung gestorben betrachtet werden, fictio legis corneliae. Die Anwendung dieser Fiction auf unsere Frage war unter den Juristen streitig, von den spätern wurde sie bejaht.[b]) Bey der capitis deminutio minima werden die Kinder nicht frey, bey der Arrogation gehen sie mit über.

c) durch dignitas des Sohns. Nach älterem Recht bey der Würde eines flamen dialis, einer virgo vestalis.[c]) Nach Justinian durch den Patriciat, sodann überhaupt durch höhere Staatsämter, auch durch die Bischofswürde, dabey behält der Sohn sein Peculium.[d])

---

b) Gai. I. 129. L. 18 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian): in omnibus partibus iuris, is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Ulpian. X. 4: si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit.

c) Gell. I. 12: virgo autem vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita, eo statim tempore e patris potestate exit et ius testamenti faciundi adipiscitur.

d) §. 4 Inst. h. t. (l. 12) L. 5 C. de consul. (12, 3) Nov. 81 (L. 66 C. de decurion. (10, 31.)

d) in einigen Fällen zur Strafe, z. B. bey Aussetzung,[e]) bey Verkuppelung der Tochter.[f])

2) Endigung der väterlichen Gewalt mit Capitis Deminutio des Sohnes tritt ein:

a) durch Verlust der Civität oder Freiheit, abgesehen vom Jus Postliminii.

b) durch Unterwerfung unter eine andere Gewalt: potestas, manus, mancipium. Jede Gewalt ist ausschließlich.

c) durch Emancipation.[g]) Das alte Recht hatte keine eigene unmittelbare Entlassungsform, denn die Mancipation sichert nicht gegen den Rückfall. Zur vollständigen Zerstörung der väterlichen Gewalt bediente man sich der Manumission, zu welchem Behuf der zu Manumittirende vorher ins Mancipium gebracht werden muß. Daher enthält die Emancipation immer eine Capitis Deminutio. Der Vater mancipirt das Kind einem Freunde fiduciae causa, dieser muß es ihm mancipiren, durch die Remancipatio kommt es in das Mancipium seines eigenen Vaters, aus diesem Verhältniß kann der Vater es manumittiren.

Beim Sohn ist dreimalige Mancipation nothwendig, zweimal wird er vom Empfänger manumittirt, worauf er in die Patria Potestas zurückfällt, das drittemal geschah die Mancipation mit fiducia und der Vater vollzog die Manumission.[h]) Justinian schaffte diese Form ab und schrieb statt derselben vor bloße Erklärung vor dem Richter, apud acta. Anastasius führte eine Emancipation durch Rescript ein, sie wurde besonders unter Abwesenden gebräuchlich. Der Filius behält das Peculium, wenn es ihm bey der Emancipation nicht genommen ist.[i]) Die Adventicia kommen nun in sein unbeschränktes Recht. Doch

---

e) L. 2 C. de infant. expos. (8, 52.)

f) L. 6 C. de spectac. (11, 40) L. 12 C. de episc. aud. (1, 4.)

g) Dig. I. 7. Cod. XIII. 49: de emancipationibus liberorum.

h) Gai. I. 132. Ulpian. X. 1.

i) Vat. fragm. §. 255. 261.

verordnete Constantin, daß ein Drittel beim Vater bleiben solle, Justinian: die Hälfte zum Nießbrauch[k]) (praemium emancipationis). Eigentlich müßte mit der Emancipation keine Capitis Deminutio mehr verbunden seyn, dessenungeachtet ist dieß noch angenommen, nur mit Ausnahme der Emancipation durch Rescript, wenn der Vater besonders darum nachsucht, daß die Familienrechte bleiben.[l])

Die bloße Verstoßung der Kinder, abdicatio, hat keine juristische Wirkung. Im griechischen Recht hatte man etwas dergleichen, *ἀποκήρυξις*, ein Rescript des Diocletian bezeugt, daß dieß im römischen Recht keine Anwendung fand.[m])

Manus.[a])

CCLXXXV. Manus ist eine Gewalt in der bloß Frauenspersonen stehen können. Ursprünglich hatte nur der Ehemann die Manus über die Frau, später wurde sie auch außer der Ehe üblich, aber freilich nur als vorübergehendes Verhältniß.

Die Manus des Ehemanns ist der Normalfall. Sie ist der Potestas analog, die Frau ist filiae loco. Jedoch finden sich manche Verschiedenheiten wegen der ehlichen Verhältnisse, so namentlich in Beziehung auf die Macht über die Existenz. Der Ehemann hatte nicht das selbstständige ius vitae et necis, wie der Vater, aber er war Richter der Frau mit Zuziehung eines Familiengerichts und dann möglicherweise bis zum Todesurtheil.[b]) Das Recht zu mancipiren war wahrscheinlich nur auf gewisse Fälle, namentlich Scheinmancipation, be-

---

k) L. 6 §. 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61.)

l) L. 11 C. de legit. her. (6, 58.) Vgl. §. 8 Inst. de legit. agn. tut. (1, 15.)

m) L. 6 C. de p. p. (8, 47.)

a) Gai. I. 108—115. Ulpian. IX.

b) Liv. XXXIX. 18. Tac. Ann. XIII. 32.

schränkt.[c]) Mit der Frau geht ihr Vermögen auf den Mann über, durch eine successio per universitatem. Was sie erwirbt erwirbt sie dem Mann.[d]) In Bezug auf Verpflichtungen gilt nicht derselbe Grundsatz, wie bey der Potestas; ex contractu wird die Frau verpflichtet; der Gewalthaber hat die Wahl entweder sie zu vertheidigen, dann haftet er in solidum, oder die Gläubiger zur missio in bona zu lassen, wo nur die Güter der Frau haften, die ihr ohne Manus gehören würden.[e]) Wie es bey Delicten war, ist unbekannt.

Die Manus kann auf dreierley Weise entstehen: durch confarreatio, eine religiöse Ceremonie vor zehn Zeugen; durch coemtio, Selbstverkauf der Frau vor fünf Zeugen und einem Libripens;[f]) endlich durch usus, wenn die Frau ein Jahr un-

---

c) Festus v. Remancipatam Gallus Aelius ait quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerat. (Plutarch. Rom. c. 22: τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς. R.)

d) Gaius II. 86. 90. 96. III. 82—84. 163. e) Gaius IV. 80.

f) Gaius III. 113. (Die mündlichen Bedingungen, durch welche das Recht der Coemtio bestimmt wird, waren von der Lex Mancipationis beim Mancipium wesentlich verschieden. Gai. I. 123: a parentibus et a coemtionatoribus *iisdem verbis* mancipio accipiuntur, quibus servi (cf. I §. 117. 119) quod non similiter fit in coemtione. Boeth. ad top. II p. 299, 12. Orelli. = Serv. Aen. IV. 214 erwähnt wechselseitige Fragen und Antworten folgenden Inhalts: sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier *mater familias* esse vellet? illa respondebat velle. [Nach Plutarch. qu. rom. 28. Cic. pro Mur. c. 12 ubi tu Caius ego Caia] item mulier interrogabat: an vir sibi pater familias esse vellet? ille respondebat velle. itaque mulier viri conveniebat in manum, et vocabantur hae nuptiae per coemtionem et erat mulier materfamilias viro loco filiae. Diese scheinen eher zu gegenseitigen Sponsionen als Mancipationen, besser zum Verlöbniß als zum Eheconsense zu passen. Aber Boethius entlehnte seine Notiz aus den von ihm öfter benutzten Institutionen Ulpians [quam sollennitatem Ulpianus in suis institutis exponit], aus welchen also auch Serv. Georg. I. 31 = Isidor. V. 24: [antiquus nuptiarum erat ritus, quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur ancilla uxor: *sicut habemus in iure*] geschöpft haben wird. Es kommt hinzu, daß Frage und Antwort [emptum rogare] auch sonst bei der Mancipation [emtio] erwähnt wird. Dagegen konnte

unterbrochen im Hause des Mannes lebte. Ist sie per trinoctium abwesend, so bleibt sie frey (Bd. II §. 199). Der Usus hatte zu Gaius Zeit schon aufgehört, Cicero erwähnt ihn als bestehend.[g]) Unter August und Tiberius erhielt die Confarreatio eine andere Wirkung, die Frau kam dadurch nur zum Schein in die manus.[h]) So galt in der dritten Periode nur noch die Coemtio.

Aufgehoben wird die Manus durch den Tod, durch Verlust der Civität, durch Diffarreatio,[i]) wahrscheinlich auch durch

---

eine Lex Mancipii: te ego ex iure quiritium matremfamilias meam esse aio, wie sie Huschke Studien S. 186 annimmt, schon deßhalb nicht vorkommen, weil sonst aus der gegenseitigen Emtio auch eine Vindicatio des Mannes von Seiten der Frau hätte gefolgert werden müssen. Die Coemtion enthielt also, wie ein Kauf des familiae emtor §. 306 g, der auch nicht Eigenthümer der Familia wird, und deßhalb ebenfalls nicht vindiciren kann, nur die Angabe der Causa und darin eben liegt der Unterschied von jeder Mancipation einer libera oder servilis persona, welche den Erwerber berechtigen soll, diese Person adiecta causa zu vindiciren Gai. I. 119 L. 1 §. 2 D. de R. V. [6, 1.] Daraus erklärt sich, daß auch ein Haussohn die Manus erwerben kann [Note k vgl. Gai. II. 96] und daß der Vater der Frau das Tödtungsrecht im Fall des Ehebruchs der Tochter behält, §. 289 d. Schon zu Cicero's Zeit übrigens scheint dieser Unterschied in Vergessenheit gerathen zu sein, er klagt [de or. 1, 56] neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemtio fiat, nesciat, eundem eius mulieris, quae coemtionem fecerit, causam non posse defendere. R.)

g) Gaius I. 111. Cic. pro Flacco c. 34: in manum, inquit, convenerat, nunc audio. sed quaero, usu, an coemtione? usu non potuit. nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. coemtione? omnibus ergo auctoribus. (Durch den Usus wird: 1) die Vindication des Vaters [L. 1 §. 2 D. de R. V. (6, 1)] und der agnatischen Tutoren [Gai. I. 168] ausgeschlossen. Das Interdict de liberis exhibendis ist schon durch die Gestattung der Ductio beseitigt [L. 1 §. 5 L. 2 D. de lib. exh. (43, 30)] — 2) die Streitankündigung und actio auctoritatis gegen den auctor coemtionis [§. 289 d] aufgehoben: da der Mann nun sein eigener Auctor wird. R.)

h) Gai. I. 112. 123. 136. Vgl. unten §. 287.

i) Paul. ex Festo v. diffarreatio genus erat sacrificii, quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio. dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito. (Orelli Inscript. 2648. 2650. R.)

Mancipation, nicht aber durch minima capitis deminutio des Mannes. Auch jemand der in patria potestate ist kann die Manus haben, dann ist die Frau zugleich in der Potestas des Vaters.[k])

In der zweiten Periode kam es auf, daß Frauen sich in die Manus eines Extraneus begaben um Capitis Deminutio zu erleiden. Dieß geschah nur vorübergehend, der Coemtionator sollte sie emancipiren, man nannte es coemtionem facere fiduciae causa. Der Zweck war namentlich, um die Fähigkeit zum Testiren zu erhalten, ferner um von dem Recht der Agnatentutel befreit zu werden, endlich auch um lästigen sacra zu entgehen. Die Frau war hier nicht filiae loco, wie denn überhaupt das ganze Verhältniß nur ein vorübergehendes war.[l])

In der vierten Periode verschwand die Manus in und außer der Ehe. Die vatikanischen Fragmente erwähnen sie zwar noch,[m]) dieß ist aber kein Beweis für die Praxis. Im justinianischen Recht wird sie nicht mehr erwähnt.

Mancipium.[a])

CCLXXXVI. Das Mancipium ist die Gewalt, welche entsteht durch Mancipation eines Freien von einem dazu durch Potestas oder Manus Berechtigten. Sie endigt wie die Sclaverey durch Manumissio. Der in mancipio stehende hat nichts Eigenes, sondern erwirbt alles dem Gewalthaber.[b]) Hinsichtlich der Verpflichtungen werden sie von denen, die in potestate stehen unterschieden, worin? ist unbekannt, da die Stelle des Gaius größtentheils unlesbar ist.[c])

k) Gaius I. 148.

l) Gaius I. 114. 115 a (Cic. pro Mur. c. 12. top. c. 4. Livius XXXIX. 19. — uti Feceniae Hispalae *capitis* deminutio [Huschke], gentis enuptio — esset. Orelli n. 4859 lin. 18—26, nach der trefflichen Restitution von Huschke T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum. 1829. im Anhange. R.)

m) Vat. fragm. §. 115. (Paulus?)

a) Gai. I. 116—123. 138—141.

b) Gai. II. 86. 90. 96. III. 163.

c) Gai. IV. 80.

Zehntes Kapitel.

Die reinen Rechte an Personen.

Die Ehe.

CCLXXXVII. Die Ehe[a]) ist eine Geschlechtsvereinigung für das ganze Leben in allen seinen Beziehungen, um Ein Leben fortan zu leben. Dieß ist der sittliche Begriff. Die Ehe ist kein Rechtsverhältniß, sie ist ein natürliches Verhältniß, das nicht erst durch das Recht entstanden, aber vom Recht aufgefaßt und als ein Rechtsverhältniß behandelt worden ist: als Rechtsverhältniß betrachtet ist die Ehe ein Recht jedes Gatten an der Person des andern. Der Inhalt der Ehe besteht darin, daß jeder Gatte sich so erweist, wie es das Wesen der Ehe fordert. Das Recht darf über die Ehe nichts festsetzen, was ihrem sittlichen Wesen zuwider ist, aber nicht alle sittlichen Anforderungen können rechtlich werden. Vielmehr liegt gerade die hauptsächliche Anforderung, auf die wahre ehliche Gesinnung, über die rechtliche Sphäre hinaus, es ist kein rechtlicher Zwang in Beziehung auf dieselbe denkbar. Die Thätigkeit des Rechts geht vorzugsweise darauf: 1) die Hindernisse eines wirklichen

---

a) Inst. I. 10 de nuptiis. Dig. XXIII. 2 de ritu nuptiarum. Cod. V. 4 de nuptiis.

ehlichen Verhältnisses unter den Gatten zu entfernen, nichts zuzulassen was dieß Verhältniß stören würde, 2) die Vermögensverhältnisse unter Ehegatten auf eine dem sittlichen Wesen der Ehe möglichst conforme Weise zu bestimmen.[b]) Endlich 3) ist eine rechtliche Bedeutung der Ehe ihr Einfluß auf die daraus Erzeugten, durch Hervorbringung des Kindesverhältnisses gegenüber dem Vater, wozu im ius civile noch die väterliche Gewalt kommt.

Bey den römischen Juristen findet sich derselbe Begriff der Ehe, wie er sich uns ergeben hat: matrimonium est coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, individua vitae consuetudo, divini et humani iuris communicatio.[c]) Die letzte Bestimmung beruht darauf, daß Ehegatten, wenn sie die rechte Gesinnung haben, alle Rechte als gemein betrachten werden. Damit ist nicht gesagt, daß diese Gemeinschaft in eine rechtliche Form gebracht, zu einer rechtlichen Nothwendigkeit gemacht werden müsse. Nur da wird keine rechtliche Trennung der Interessen zugelassen, wo es dem Wesen der Ehe positiven Eintrag thun würde. Daher Gemeinschaft der Sacra, des Domicils, des Standes; und zwar sind der Natur der Sache nach die Sacra, das Domicil, der Stand des Mannes das Bestimmende, wonach die Frau beurtheilt wird.

Auch bey der Ehe haben wir ein matrimonium iuris civilis und iuris gentium zu unterscheiden.

Jenes, die römische Ehe, legitimum matrimonium, war ursprünglich die einzige in Rom anerkannte. Die Fähigkeit dazu hieß connubium. Mit ihr waren die eigenthümlichen römischen Wirkungen: Patria Potestas über die Erzeugten und die römischen Güterrechte verbunden. Bey den Patriciern war die Manus, die Gewalt des Mannes über die Frau, ursprüng-

---

b) Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht. 1824. (unvollendet.)

c) L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2.) §. 1 Inst. de patria pot. (1, 9.)

lich etwas wesentliches, daher war die Confarreatio, feierliche Schließung der Ehe vor den Priestern, zugleich eine Entstehung der Manus. Die Plebejer waren der Confarreatio nicht fähig, ihre Ehen wurden ohne Form geschlossen, was nachher allgemeines Recht wurde. Auch bey der Plebs galt die Manus in alter Zeit als natürliche Begleiterin der Ehe. Daher schon die einjährige Dauer der Ehe die Manus zur Folge hatte. Der Act aber, wodurch bey der Plebs die Manus entstand, war eine besondere von der Eheschließung geschiedene Entstehungsart der Manus, coemtio, wo also Manus und Ehe als etwas getrenntes betrachtet wurden. Dennoch hatte die Fortsetzung der Ehe ein Jahr hindurch von selbst die Manus zur Folge (usus). Nachher wurde jedoch eine Unterbrechung des Usus erfunden, Abwesenheit der Frau per trinoctium aus dem Hause des Mannes, welche schon von den Zwölf Tafeln garantirt war.[d]) So wurden Ehen ohne Manus nach und nach gewöhnlicher, neben die strenge Ehe trat eine freie Ehe, die freie Ehe gewann immer mehr die Oberhand. Die Entstehung der Manus usu hörte ganz auf. Gaius sagt: sie sey theils stillschweigend außer Gebrauch gekommen, theils durch Gesetze aufgehoben worden (vielleicht durch die Lex Scribonia).[e]) Am Ende der zweiten Periode war die freie Ehe häufiger als die strenge, doch kommt diese noch in der dritten Periode vor. Mit der confarreatio trat eine Veränderung ein. Sie wurde als nothwendig betrachtet bey gewissen Priestern, so beim flamen dialis. August stellte als Pontifex maximus das flaminium

d) Gell. noct. att. III. 2. Macrob. sat. I. 3. (Man muß sich hüten, diese Bestimmung der Zwölf Tafeln schon als den Anfang der Unabhängigkeit der Frauen überhaupt aufzufassen, sie war eine Schutzanstalt der Patricierinnen gegen die Manus der Plebejer, die mit dem festgehaltenen Verbot des Connubiums beider Stände [Liv. IV. 4.] in Verbindung steht. Ich verdanke diese Bemerkung einer einstigen mündlichen Mittheilung des Verfassers. R.)

e) Gai. I. 111 d. h. die Aufhebung galt schon vor der Lex Scribonia, später konnte man sich auch auf diese berufen.

diale im Jahre 743 (Q. Aelio Tuberone, Q. Fabio Maximo coss.) wieder her, nachdem diese Würde 75 Jahre hindurch unbesetzt geblieben war, und bestimmte zugleich für diesen Fall, daß die Flaminica von der Manus des Mannes mit Ausnahme der Sacra frey, mithin der Patria Potestas unterworfen bleiben sollte, wenn sie bis dahin Haustochter gewesen war.[f]) Ein Gesetz unter Tiberius 776 aber bestimmte für alle künftige Fälle der Confarreatio, daß durch die Confarreatio die Frau nur sacrorum causa in die Manus des Mannes kommen solle. Es fanden sich nämlich damals wenige für diese Stelle, und zwar eben der Ehe durch confarreatio wegen, theils wegen der damit verbundenen Manus, theils wegen ihrer Unauflöslichkeit durch freie Willkühr.[g])

Ursprünglich war in Rom nur das matrimonium iuris civilis eine Ehe, jede andere Verbindung keine. In der zweiten Periode änderte sich dieß mit dem Einfluß des Jus Gentium. Neben jene trat ein matrimonium iuris gentium. Wenn eine Geschlechtsverbindung unter Peregrinen oder Latinen, oder zwischen diesen und Römern eingegangen wurde, welche dem innern Wesen der Ehe entsprach, ein consortium omnis vitae mit der affectio maritalis war, so wurde diese als Ehe anerkannt, und hatte wenn auch nicht die eigentliche civilrechtliche Wirkung der Ehe, doch die allgemeine, namentlich daß die Kinder einen Vater haben: pater est, quem nuptiae (nicht iustae nuptiae) demonstrant. Die maritalis affectio wurde ausgedrückt durch die Worte: liberorum quaerendorum causa (eben wegen dieser Wirkung).[h]) So z. B. die Lex Aelia Sentia, Bd. II §. 213. 218. Dadurch entstand der Begriff der rechtlich gültigen Ehe überhaupt, die dann entweder iuris civilis oder iuris gentium war. Daher gab es Erfordernisse für die Ehe überhaupt, und besondere für die römische Ehe. Im

---

f) Cf. Lachmann ad Gai. I. 136. *g*) Tacitus ann. IV. 16.
h) Ulpian. III. 3.

justinianischen Recht hat jener Unterschied hier, wie bey andern Rechten aufgehört, bloß der Begriff der rechtlich gültigen Ehe überhaupt ist geblieben. Diese bedeutet nun iustae nuptiae im Sinne des justinianischen Rechts. Die rechtlich gültige Ehe steht dem außerehlichen Geschlechtsverhältniß gegenüber. Bey außerehlichen Geschlechtsverhältnissen treten obige Wirkungen der Ehe nicht ein, namentlich sind die Kinder, die in einem solchen erzeugt werden, sine patre.

Von den außerehlichen Geschlechtsverhältnissen sind zwey besonders ausgezeichnet: der Concubinat und das Contubernium.

Der Concubinat ist eine dauernde Geschlechtsverbindung ohne die affectio maritalis. Das bloß Factische hat er mit der Ehe gemein, aber nicht das Rechtliche.[i]) Die Römer sagen von ihm: per leges nomen assumsit, er hat eine rechtliche Bedeutung durch Leges erhalten.[k]) Dieser Ausdruck bezieht sich wahrscheinlich auf die Lex Julia de adulteriis, welche bestimmte, daß der Concubinat nicht als eine unerlaubte Geschlechtsverbindung betrachtet, nicht als Stuprum bestraft werden solle. Dieß setzt jedoch voraus, daß die Concubine mündig, und regelmäßig, daß sie eine Libertina oder Ingenua vom niedrigsten Stand ist. Eine honesta femina kann nur durch ausdrückliche testatio zur Concubine gemacht werden, sonst gilt die Verbindung als ein Stuprum.[l]) Auch liegt es in der factischen Aehnlichkeit mit der Ehe, daß nicht ein doppelter Concubinat möglich ist und nicht während der Ehe.[m]) — Manche

i) Paul. sent. II. 20. L. 49 §. 4 D. de leg. III (32).

k) L. 3 §. 1 D. de concub. (25, 7): nec adulterium per concubinatum committitur, nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est.

l) L. 1 §. 1 L. 3 pr. §. 1 D. de concubinis (25, 7) L. 13 §. 2 L. 34 pr. D. ad legem iul. de adult. (48, 5) L. 29 C. eod. (9, 9.)

m) Paul. sent. II. 20: eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. L. 11 §. 2 D. de divort. (24, 2) L. 121 §. 1 D. de V. O. (45, 1.)

haben bey der Erklärung des Concubinats an die Lex Julia und Papia Poppäa gedacht und vermuthet, daß angesehene Römer, die zu arm für eine standesmäßige Ehe waren, durch den Concubinat der Strafe des Cölibats und der Orbität entgehen konnten, aber dieß ist nicht hinlänglich begründet.

Der Concubinat ist seiner Existenz nach ein rein factisches Verhältniß, er besteht nur durch den fortgesetzten Willen.[n]) Daher wird er durch den Wahnsinn einer Partey aufgehoben. Eine singuläre Modification findet bey dem Patron Statt, der seine Liberta zur Concubine hat, sie bleibt es, wenngleich jener wahnsinnig wird.[o]) Der Concubinat hat aber auch einige rechtliche Wirkungen. Die Kinder, naturales liberi, sind außereheliche, aber in gewisser Beziehung wird der Vater anerkannt. So ist die Legitimation möglich, unter den Kaisern erhalten sie Alimente, auch von den legitimen Kindern nach dem Tode des Vaters.[p]) Sogar Intestaterbfolge ist ihnen eingeräumt. Auf der andern Seite finden sich Versuche den Concubinat, der allzusehr überhandgenommen, zu beschränken. So verbot Constantin den Kindern etwas zu hinterlassen und untersagte den Concubinat für höhere Staatsbeamte.[q]) Von andern Bestimmungen zu dem Zweck ihn zu vermindern, namentlich über die Legitimation, ist schon §. 283 die Rede gewesen. Jene Verbote wurden durch folgende Kaiser gemildert.[r]) Noch im neuesten justinianischen Recht ist der Concubinat eine erlaubte Verbindung,[s]) erst im neunten Jahrhundert ist er von Leo Philosophus verboten worden.[t])

Das Contubernium, die Sclavenehe, ist dauernde Geschlechtsverbindung unter Sclaven, oder zwischen Sclaven und

---

n) L. 4 D. de concub. (52, 7): concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet. *o*) L. 2 D. eodem.

p) Nov. 89 c. 12 §. 6.

q) L. 1 C. Th. de natur. lib. (4, 6) L. 1 C. eodem (5, 27).

r) L. 3 C. Th. eodem. Nov. 89 c. 12 pr.

s) Nov. 18 c. 5. *t*) Nov. Leon. 91.

Freien. Hier wurde das natürliche Kindesverhältniß anerkannt, z. B. als iusta causa manumissionis ex lege aelia sentia.

CCLXXXVIII. Damit eine Ehe als bestehend anerkannt wird, muß sie vor allem unter diesen Personen möglich seyn. Diese Möglichkeit heißt connubium im weitern Sinn, so schon bey den römischen Juristen. Es giebt Gründe, welche die Ehe zwischen zwey Personen unmöglich machen, Ehehindernisse, die theils natürlicher und religiöser, theils politischer Natur seyn können.

1) Gewisse Personen sind schlechthin und absolut unfähig eine Ehe zu schließen:

a) Sclaven,

b) Castraten, nicht überhaupt Spadonen,[a])

c) Unmündige,[b])

d) der schon in einer Ehe lebt, solange diese nicht aufgehoben ist.

e) Die Frau darf sich nicht wieder verheirathen, solange Ungewißheit der Paternität (turbatio sanguinis) möglich ist, sonst treten Strafen ein, nichtig ist die Ehe nicht (§. 290).

2) Die Ehe ist zwischen gewissen Personen untersagt. Der Grund kann seyn:

a) Verwandtschaft. Die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten ist verboten. Unter dieses Verbot fallen auch, die es durch Adoption geworden sind, auch die Affinität in diesem Verhältniß. In der Seitenlinie gieng das Verbot nach älterem Recht, wahrscheinlich bis zum sechsten Grad einschließlich, also war die Ehe unter sobrini unmöglich.[c]) Die Verwandtschaft war demnach stets ein Hinderniß, soweit sie über-

---

a) L. 39 §. 1 D. de iure dot. (23, 3.)

b) L. 4 D. de ritu nupt. (23, 2.)

c) Tac. annal. XII. 6: sobrinarum diu ignorata (matrimonia).

haupt juristisch zur Sprache kam und die besondern Namen der Verwandten giengen. Nachher wurde das Verbot auf den vierten Grad, also auf die consobrini beschränkt.[d]) Später wurde auch der vierte Grad freigegeben, nur nicht der dritte. Auch hier machte Claudius eine Ausnahme: bey Oheim und Nichte (Brudertochter).[e]) In der vierten Periode verboten wieder Constantin's Söhne die Ehe mit der Nichte bey Todesstrafe,[f]) ebenso Theodosius I unter Geschwisterkindern.[g]) Arcadius hob dann im Orient das Verbot der Ehe zwischen Geschwisterkindern auf.[h]) Im justinianischen Recht war die Ehe verboten zwischen Geschwistern und wo ein respectus parentelae stattfand, also wenn alle beide oder auch nur einer unmittelbar vom stipes communis abstammt.[i])

Auch die Adoptivverwandtschaft ist ein Ehehinderniß (in der Seitenlinie) aber nur solange das Verhältniß dauert.[k]) Die Affinität war in der Seitenlinie früher kein Hinderniß; in der vierten Periode wurde die Ehe mit der Wittwe des Bruders und der Schwester der Frau verboten.[l]) Dazu kamen noch einige Fälle, wo weder Verwandtschaft noch Affinität stattfand, die aber des Anstands halber gleichgeachtet wurden. So mit der Wittwe des Stiefsohnes, Stiefmutter der ehemaligen Frau,[m]) mit der Tochter der geschiedenen Frau aus einer

---

d) Ulpian. V. 6. *e*) Gai. I. 58—64.

f) L. 1 C. Th. de iniust. nupt. (3, 12.)

g) L. un. C. Th. si nupt. ex rescr. (3, 10.)

h) L. 19 C. de nuptiis (5, 4).

i) L. 17 C. de nupt. (5, 4) (Diocletian.): Nemini liceat contrahere matrimonium cum — amita ac matertera, sorore, sororis filia et ex ea nepte: praeterea fratris filia et ex nepte.

k) L. 17 pr. §. 1 L. 55 §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2.)

l) L. 5. 8. 9 C. de incest. nupt. (5, 5.) Ueber das ältere Recht vgl. Cic. de div. I. 46. Val. Max. I. 5. 4.

m) L. 15 D. de ritu nupt. (23, 2): uxorem quondam privigni coniungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam eius, qui privignae maritus fuit.

späteren Ehe,[n]) mit der Braut des Sohns oder Vaters, mit der Mutter der Braut.[o]) Diese Fälle gehören unter die Quasiaffinität. — Justinian hat die Ehe zwischen Taufpathen und Täufling verboten, welches Verhältniß in der Kirche als eine Art von Verwandtschaft, cognatio spiritualis, betrachtet wurde.[p])

b) Stand. Vor allem sind die Hindernisse des matrimonium iuris civilis zu betrachten: Das Hinderniß der Ehe zwischen Patriciern und Plebejern wurde durch die Lex Canuleia 309 aufgehoben.[q]) Ferner gab es keine Ehe zwischen Cives und Nichtcives. Dieß hat mit der Unterscheidung der Ehe in römische und natürliche aufgehört. Valentinian I hat die Ehe zwischen Römern und Barbaren bey Strafe verboten, aus politischen Gründen.[r]) Eine ganz besondere Bewandtniß hat es mit dem Verbot durch die Lex Julia und Papia. Diese verbot nämlich die Ehe: 1) des ingenuus mit einer infamis, so namentlich einer Kupplerin, einer die von einem Leno freigelassen, im Ehebruch ergriffen worden war, einer iudicio publico oder a senatu damnata, einer Person, die das Schauspielergewerbe treibt; 2) des Senator oder der Senatorkinder überdieß mit Freigelassenen, der Tochter eines Schauspielers, oder einer die das Hurengewerb trieb. Dieß Verbot hatte zunächst nur die Bedeutung, daß eine solche Ehe nicht von der Strafe der Lex Julia und Papia befreien solle, die Ehe selbst war nicht nichtig.[s]) Ein Senatusconsultum unter Marcus Aurelius bestimmte, daß die Ehe eines Senators und von dessen Nachkommen mit Freigelassenen nichtig seyn solle.[t]) Dasselbe wurde

n) L. 12 §. 3 D. eodem.

o) L. 12 §. 1. 2 L. 14 §. 4 D. eodem.

p) L. 6 C. de nupt. (5, 4.)

q) Cic. de re publ. II. 37. Liv. IV. 1—6.

r) L. un. C. Th. nupt. gent. (3, 14.)

s) Ulpian. XIII. 1. XVI. 2. L. 44 pr. §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2.)

t) L. 16 pr. D. de ritu nupt. (23, 2) L. 3 §. 1 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1.)

später angenommen bey Schauspielerinnen.[u]) Constantin erließ ein neues Gesetz gegen nichtstandesmäßige Ehen von Senatoren, Präfecten, Duumvirn und Priestern.[v]) Leo und Anthemius setzten eine Strafe auf die Ehe der Patrone und ihrer Freigelassenen, die Kinder wurden Sclaven des Fiscus.[w]) Justinus versprach allen Schauspielerinnen, wenn sie zu einem ehrbaren Leben zurückkehrten, die Herstellung ihrer Ehre.[x]) Das allgemeine Verbot der Lex Julia hörte mit der Strafe des Cölibats auf, das specielle für Senatoren, das mit Nichtigkeit der Ehe verbunden war, hob Justinian auf, schon vorher war die Ehe mit Schauspielerinnen erlaubt, wenn sie dem Gewerb entsagt hatten.[y])

c) Religion. Zwischen Juden und Christen ist eine Ehe nichtig.[z])

d) Amt. Der Präses Provinciae kann nicht während seines Amts eine Provinzialin heirathen.[aa]) Ebenso der Soldat, der in der Provinz stationirt ist.[bb]) — Ferner kann der Vormund und sein Sohn nicht die Mündelin heirathen, nach einem Senatusconsult unter Antonin und Commodus.[cc]) Ausgenommen sind die Fälle, wo sie der Vater ihm bestimmt, oder der Vormund gänzlich dechargirt ist, so daß auch keine In Integrum Restitutio mehr stattfinden kann.

e) Delict. Verboten ist die Ehe zwischen Ehebrecher und

---

u) L. 42 §. 1 D. de ritu nupt. (23, 1) (Modestin.): si senatoris filia, neptis, proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit, cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt.

v) L. 1 C. de nat. lib. (5, 27.) *w*) Nov. Anthem. 1.

x) L. 23 C. de nupt. (5, 4.)

y) Nov. 117 c. 6 L. 29 C. de nupt. (5, 4.) Vgl. Savigny System II S. 517 ff.

z) L. 6 C. Th. de iud. (16, 8) (Constantius) L. 2 C. Th. de nupt. (3, 7) (Theodos. II) L. 6 C. de iud. (1, 9.)

aa) L. 38 pr. de ritu nupt. (23, 2.)

bb) L. 63. 65 D. eodem.

cc) L. 59. 60 D. eodem.

Ehebrecherin.[dd]) Früher war dieselbe nicht nichtig, nur die Strafen der Lex Julia de adulteriis traten ein. Sodann zwischen Entführer und Entführten.[ee])

CCLXXXIX. Die Ehe wird geschlossen lediglich durch Consensus, d. h. durch den darauf gerichteten Willen und Ausführung desselben, Zusammenleben mit der maritalis affectio.[a]) Bloß wörtlicher Consens ist nicht hinreichend, aber die Ausführung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, unter andern kann die Ehe geschlossen werden, wenn die Frau in Abwesenheit des Mannes in das Haus desselben übergeht.[b]) Allerdings waren besondere Cärimonien Sitte, z. B. deductio in domum, aber juristisch nothwendig waren sie nicht, bloß wichtig für den Beweis der affectio maritalis. Wenn ein Consortium mit einer Freien von ehrbarem Wandel eingegangen ist, so wird die maritalis affectio vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist.[c]) Sind die Subjecte unter Patria Potestas, so ist Einwilligung des Vaters nöthig, ohne sie ist die Ehe nichtig, so gut wie wenn einer der Gatten nicht eingewilligt hätte.[d])

Noch unter Justinian hatte man Anfangs keine weitere Form.[e]) Etwa im Jahre 538 bestimmte eine Novelle folgen-

---

dd) Nov. 134 c. 14.

ee) L. 1 C. Th. de raptu virg. (9, 24) Nov. 143. 150.

a) L. 30 D. de R. I. (50, 17): nuptias non concubitus sed consensus facit.

b) L. 5. 7 D. de R. N. (23, 2) L. 15 D. de cond. et dem. (35, 4) L. 66 D. de don. inter vir. (34, 1.)

c) L. 24 D. de R. N. (23, 2.)

d) L. 11—13 D. de sponsal. (23, 1.) (Schon bei der Coemtio wird diese „Auctoritas" des Vaters erwähnt, die lex iulia de adulteriis c. 2 erlaubte ihm die im Ehebruch begriffene Tochter zu tödten: quam in potestate habet, aut quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit Collat. IV. c. 2 §. 3 c. 7. R.)

e) Nov. 22 c. 3 (536). Nov. 34 c. 4. 5 (538).

des: 1) Staatsdiener von Senatoren aufwärts sollen nur durch einen schriftlichen Ehecontract, dotalia instrumenla, Ehen schließen können, 2) Staatsdiener unter dem Rang der Senatoren nur durch Erklärung bey dem defensor ecclesiae ihres Orts und durch Aufnahme eines Protokolls mit Zuziehung des Geistlichen; 3) für Personen ohne Rang blieb das alte Recht bestehen.

Der Eingehung der Ehe geht gewöhnlich ein gegenseitiges Versprechen der künftigen Eheschließung voraus, sponsalia, Verlöbniß.[f]) Da sich dasselbe auf eine künftige Ehe bezieht,

---

f) Dig. XXIII. 1 de sponsalibus. Cod. V. 1 de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis. Cod. Theod. III. 5 de sponsalibus et ante nuptias donationibus. (Die Sponsalien bestanden ursprünglich aus zwei entgegengesetzten Stipulationen. Der Mann stipulirt und der Vater verspricht: filiam in matrimonium datum iri, der Vater stipulirt und der Mann verspricht: filiam uxorem ductum iri. Jene ist die Sponsio, die Stipulation des Vaters die contraria sponsio, die Restipulatio und Repromissio. Das ganze Geschäft enthält eine Consponsio, einen contractus stipulationum sponsionumque, wie die Coemtio eine wechselseitige Emtio vor denselben Mancipationszeugen, die Confarreatio ein Ehebündniß vor denselben Opferzeugen in sich schloß, Varro de ling. lat. VI. 5 §. 70. 71. Gell. IV. 4. L. 1 D. de spons. [23, 1] Sponsalia sunt mentio [sponsio?] et repromissio nuptiarum futurarum. L. 2. 3 eod. [§. 258 m. Huschke, Zeitschrift X. 6 n. 1. 2]. Diesem förmlichen Verlöbnisse pflegte ein unförmliches durch dictio und pactio vorherzugehen aus welchem keine Klage entstand. Arnob. adv. gentes IV. 20. Non. p. 439. Mercer. Seitdem gegen die actio ex sponsu durch exceptio doli geholfen wurde, §. 258 n. o, verschwand die feierliche Form, und es wurde Grundsatz sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia L. 4 pr. h. t. — Eine besonders strenge Verlöbnißordnung galt in Corduba nach einem von dem Bd. I §. 104 cc erwähnten französischen Juristen mitgetheilten Fragment des Seneca [de matrimonio]: Cordubenses nostri, ut maxime laudarunt nuptias, ita qui sine his convenissent excluserunt cretione hereditatum, etiam pactam ne osculo quidem, nisi Cereri fecissent et hymnos cecinissent, adtingi voluerunt: si quis osculo solo octo parentibus aut vicinis non adhibitis adtigisset, huic abducendae quidem sponsae ius erat, ita tamen ut tertia parte bonorum sobolem parens, si vellet, multaret. Sie erinnert eher an Nov. 115 c. 3 §. 11 als an L. 6

so ist es auch bey Impuberes möglich. Durch ein solches Verlöbniß soll aber kein Zwang zur Eheschließung entstehen, selbst kein indirecter durch Conventionalstrafe.[g]) Daher ist freie Aufkündigung möglich. Anders nach altlatinischem Recht vor der Lex Julia über die Civität der Socii, wonach eine Klage auf Geldentschädigung gegen den Deserenten gegeben wurde (§. 258 Note l).[h]) Die rechtliche Bedeutung der Sponsalien lag darin, daß sie die affectio maritalis für das nachher ausgeführte Consortium bewiesen, wodurch die Formlosigkeit der Ehescheidung weniger gefährlich wurde. In dieser Rücksicht war denn auch festgesetzt, daß bina sponsalia infamiren (Bd. II §. 216). Schenkungen in Rücksicht der künftigen Ehe können von dem an der Aufhebung schuldigen Theil nicht zurückgefordert werden.[i]) Später wurde gewöhnlich eine arrha sponsalicia gegeben, mit der Wirkung, daß der an der Aufhebung Schuldige sie verliert. Selbst vierfacher Ersatz kann bedungen werden.[k]) Dieß war denn schon der Uebergang zu einer unmittelbaren Wirkung der Sponsalien, wie sie im nachrömischen Recht eintrat.

CCXC. Die Auflösung der Ehe kann geschehen, entweder durch Eintritt eines von dem Willen unabhängigen Umstands, der das Fortbestehen hindert, oder absichtliche Scheidung.

Zu der ersten Classe gehört vor allem der Tod. Für die Frau hat der Tod des Mannes noch einige besondere Folgen:

C. Th. de spons. [3, 5.], die man mit ihr zu combiniren versucht hat. Vgl. Dirksen Abh. der Berl. Acad. v. 16. Nov. 1848 No. II. R.)

g) L. 19. 134 pr. D. de V. O. (45, 1.)

h) Gell. IV, 4. (Dirksen's Zweifel gegen die Beziehung dieses Satzes auf den alten latinischen Bund und gegen seine Fortdauer bis zur Lex Julia [Abh. der Berl. Acad. v. 16. Nov. 1848 No. I] gründen sich auf die unrichtige Voraussetzung, daß der latinische Bund schon durch den großen latinischen Krieg aufgelöst sei. R.)

i) Vat. fragm. §. 262.

k) L. 6 C. Th. de spons. (3, 5) L. 3. 5 C. de sponsal. (5, 1.)

1) sie hat die Trauerpflicht, wie für andere sehr nahe Verwandte, welche Bestimmung später auf Ascendenten und Descendenten beschränkt wurde. Die Trauer bestand in der Vermeidung des Schmucks und der Theilnahme an Gastmählern[a]) und dauerte ein Jahr.[b]) Die Lex Julia setzte Infamie auf die Verletzung der Trauerpflicht (früher gab es keine Infamie der Frauen), wodurch jene Bestimmung unter die Eheverbote gestellt wurde. Diese Folge und sonach die Infamie fällt weg nach justinianischem Recht.[c]) 2) Die Frau kann nicht heirathen, ehe die Möglichkeit, daß sie ein Kind von dem verstorbenen Mann trägt, gänzlich beseitigt ist, die Zeit ist zehn, nach Theodosius zwölf Monate.[d]) Der Zweck dieser Bestimmung ist, es soll keine Ungewißheit über die Kindschaft, turbatio sanguinis, entstehen. Auf Verletzung derselben steht Infamie.[e]) Sie fällt weg mit der Geburt des Kindes (nicht zu verwechseln mit der Trauer, welche fortdauert).[f]) Im justinianischen Recht hat die Infamie der Frauen aufgehört. 3) Im spätern Recht ist die zweite Ehe überhaupt beschränkt. Dem römischen Nationalgefühl galt es für ehrbar, daß die Wittwe unverehlicht blieb, univira war gleichbedeutend mit castissima. Dessenungeachtet forderte die Lex Julia und Papia eine zweite Ehe, eine aufgelöste entzog den Strafen nicht. In der vierten Periode aber, von Constantin an wurden rechtliche Nachtheile an die secundae nuptiae geknüpft (poenae

---

a) Paul. sent. I. 21 §. 14.

b) Seneca ep. 63: annum feminis ad lugendum constituere, non ut tamdiu, sed ne diutius. Vat. fragm. §. 321: quem annum decem mensium esse, Pomponius ait. Savigny System II S. 526 a.

c) L. 15 C. ex quib. caus. inf. (2, 12.)

d) L. 2 C. de sec. nupt. (5, 9.)

e) L. 11 §. 1 D. de his, qui not. (3, 2): etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari; praetor enim ad id tempus se retulit quo vir elugeretur, qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis.

f) L. 11 §. 2 D. eodem.

secundarum nuptiarum), nicht sowohl aber wegen jener sittlichen Ansicht von der Ehrbarkeit des Wittwenstandes, als vielmehr rücksichtlich der Kinder erster Ehe, daher sie auch für den Mann galten. Der Zweck dieser Bestimmungen war immer der Schutz gegen die schlechtere Lage, in die die Kinder häufig bey Eingehung einer folgenden Ehe kommen. Secundae nuptiae heißt jede folgende Ehe, in Beziehung auf die vorangegangene.

Constantin verordnete 334: der Mann soll den Nießbrauch am mütterlichen Vermögen der Kinder verlieren, wenn er eine zweite Ehe schließt. Leo hob diese Verordnung auf.[g]) — Constantius entzog der Vinuba das Recht, die den Kindern erster Ehe gemachten Schenkungen wegen Undanks zu revociren.[h]) Nachher wurde es wenigstens auf sehr wenige Fälle beschränkt.[i]) Theodosius, Gratian und Valentinian verordneten 382: die Frau soll an dem lucrum nuptiale nur den Genuß haben und dasselbe unverringert den Kindern erster Ehe hinterlassen müssen.[k]) Ebendasselbe bestimmten Theodosius und Valentinian 439 vom Mann.[l]) Endlich verordnet Leo I 469: der Vinubus kann ferner dem zweiten Gatten nicht mehr geben, als ein Kind erster Ehe von ihm erhält.[m]) Außerdem giebt es noch einige weniger bedeutende Beschränkungen.[n])

Die Ehe wird ferner aufgehoben durch Verlust der Freiheit, namentlich die servitus poenae.[o]) Justinian hat diese Servitus aufgehoben und damit auch diesen Aufhebungsgrund. Dann durch Kriegsgefangenschaft,[p]) wobey selbst im

---

g) L. 4 C. de mat. bon. (6, 60.)

h) L. 7 C. de rev. don. (8, 56.)

i) Nov. 22 c. 35.

k) L. 3 C. de secund. nupt. (5, 9.)

l) L. 5 C. eodem.

m) L. 6 C. eodem.

n) Vgl. Puchta Pandekten §. 428.

o) L. 24 C. de don. inter vir. (5, 16.)

p) L. 1 D. de divort. (24, 2) L. 12 §. 4 D. de capt. (49, 15): captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit: non tamen in matrimonio est.

Fall der Rückkehr kein Postliminium eintrat, sondern nur Erneuerung der Ehe durch Uebereinstimmung beider möglich war.[q]) Dessenungeachtet wurde sie als Scheidung betrachtet, wenn der Zurückbleibende heirathet. Diese Inconsequenz wurde durch gesetzliche Bestimmungen, wahrscheinlich der Lex Julia und Papia hervorgebracht. Als erlaubt und straflos gilt die Scheidung nur dann, wenn das Leben des in Kriegsgefangenschaft gerathenen ungewiß und überdieß fünf Jahre verstrichen sind.[r]) Constantin fordert nur vier Jahre,[s]) Justinian wieder fünf.[t]) Endlich wurde die Kriegsgefangenschaft einer jeden andern Entfernung gleichgestellt und der Beweis des Todes erfordert. Ist dieser Beweis geführt und der Mann kehrt zurück, so ist die zweite Ehe nichtig.[u])

Beim Verlust der Civität, sey es zur Strafe oder nicht, erfolgt keine Auflösung der Ehe, da sie als matrimonium iuris gentium fortdauern kann. Die Trennung ist also Scheidung.[v])

Die Ehe wird aufgehoben durch incestus superveniens wenn der Vater der Frau seinen Schwiegersohn adoptirt, denn hier wird die Frau Schwester des Mannes.[w]) Endlich durch Standesverschiedenheit, wenn der Ehemann einer Libertina Senator wird. Dieß hat Justinian beseitigt, noch ehe er das ganze Ehehinderniß aufhob.[x])

CCXCI. Die freiwillige Aufhebung der Ehe heißt Scheidung, divortium, die einseitige repudium.[a]) Das römische

---

q) L. 14 §. 1 D. de capt. (49, 15): non, ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipiet, sed consensu redintegratur matrimonium.

r) L. 6 D. de divort. (24, 2) L. 8 D. de captiv. (49, 15.)

s) L. 7 C. de repud. (5, 17.)

t) Nov. 22 c. 7. *u*) Nov. 117 c. 11.

v) L. 56 D. sol. matr. (24, 3.) L. 1 C. de repud. (5, 17.)

w) L. 67 §. 3 D. de R. N. (23, 2.)

x) L. 28 C. de nupt. (5, 4.)

a) Dig. XXIV. 2 de divortiis et repudiis. Cod. Theod. III. 16. Cod. V. 17 de repudiis et iudicio de moribus sublato. Wächter über

Recht geht von folgenden natürlichen Gesichtspunkten aus. Die Ehe besteht durch die maritalis affectio, durch den entgegengesetzten Willen hört sie auf. Die Römer konnten sich keine Ehe denken, wo nicht der wirkliche Wille die Gatten verbände. Nur das Juristische kam hinzu (wie beim Besitz), daß nicht schon die Nichtexistenz des Willens die eingegangene Ehe beendigt, daher nicht Wahnsinn, sondern nur der entgegengesetzte Wille. Daher das Princip der freien Scheidung (nur mit Einer Ausnahme für die älteste Zeit), insofern als der Wille nicht mehr in der Ehe zu leben, die Aufhebung hervorbringt. Nur können gewisse Nachtheile damit verbunden seyn.

Das älteste Recht der Scheidung war dieses: die Ehe durch Confarreatio ist unauflöslich, nicht etwa wegen der Manus; beim Flamen Dialis gehörte sie zu seinen Amtserfordernissen; stirbt die Frau, so verliert er sein Amt, — (Gell. X. 15 uxorem si amisit, flaminio decedit) — bey andern Personen erfand man später eine Auflösung, diffarreatio, also unter Mitwirkung der Priester: hier ist das Princip der freien Scheidung überwunden durch die Macht des religiösen Princips, das hier vorwaltet.

Bey jeder andern Ehe fand die Scheidung ohne Form Statt, ohne Mitwirkung einer Behörde, sie war möglich durch Uebereinstimmung oder einseitig, repudium mittere. Sowie dieß angekündigt ist, ist die Ehe aufgehoben, auch die strenge Ehe, und kann dann die Remancipation gefordert werden.[b]) Zu Cicero's Zeit war es sogar bestritten, ob eine Ankündigung überhaupt nöthig sey.[c]) Schon aber in der zweiten Periode wurde eine Scheidung ohne Grund bestraft, ebenso auch die

---

Ehescheidungen bei den Römern. 1822. Klenze die Freiheit der Ehescheidung nach älterem röm. Recht. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. VII. 2 (1831).

b) Gai. I. 137.

c) Cic. de orat. I. 40. 56.

Veranlassung zu gerechter Scheidung, beim Mann durch nota censoria, bey der Frau durch Nachtheile an der Dos. [d])

Nach Cicero philipp. II. 28 (mimam illam suam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulis: claves ademit, exegit) hat man oft angenommen, daß schon die Zwölf Tafeln etwas über die Scheidung enthalten, dieß ist aber nicht in jener Stelle gesagt, auch ist die Lesart sehr unsicher. Dagegen wird bey nichtjuristischen Schriftstellern erzählt: Erst im Jahre 520 habe in Rom die erste Ehescheidung stattgefunden, des Spurius Carvilius Ruga. [e]) Diese Erzählung ist sehr auffallend und unwahrscheinlich. Sie kann aber so verstanden werden, daß jene Scheidung die erste einseitige, willkührliche, oder öffentlich zur Sprache gekommene war: Servius Sulpicius in libro de dotibus erzählte die Geschichte bey Gelegenheit der actiones und cautiones rei uxoriae, die vorher nicht vorgekommen seyen.

Auch in der dritten Periode war der Grundsatz der freien Scheidung durchweg anerkannt. Das pactum, ne liceat divertere (auch Conventionalstrafe) war ungültig. [f]) In einem Fall soll sich die Frau nicht scheiden können: die Liberta von ihrem Patron nach der Lex Julia und Papia. Dennoch sagen die Juristen: constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum. Allein die Ehe wird nur zu ihrem Nachtheil als bestehend fingirt, daher darf sie sich nicht wiederverheirathen bis der Patron seinen Willen ebenfalls aufgegeben hat. [g])

---

d) Gell. X. 23. (Vgl. über diese Stelle Hasse im Rhein. Mus. 1828 S. 106—111. Puchta Kleine civil. Schriften 1851. S. 169 f.) Cic. top. 4.

e) Gell. IV. 3. XVII. 21. Dionys. II. 72. Val. Max. II. 1. 4. Savigny über die erste Ehescheidung in Rom (1814). Zeitschr. V. Num. 7.

f) L. 19. 134 in f. D. de V. O. (45, 1.) L. 2 C. de inut. stip. (8, 39): libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta ne liceret divertere non valere constat.

g) L. 11 D. de divort. (24, 2.)

Die Lex Julia de adulteriis setzte eine Form für die einseitige Scheidung fest, damit eine Ehebrecherin sich nicht sollte auf Scheidung berufen können: Ankündigung des Repudiums durch einen Libertus der Familie vor sieben testes puberes cives romani. [h])

Wenn die Scheidung nicht in dieser Form geschehen ist, so besteht das Matrimonium iure fort. Die formlose Scheidung befreit nicht von der Strafe der Lex Julia de adulteriis, factisch dagegen ist die Ehe durch das Divortium geschieden, daher fällt die Succession der Ehegatten mit der formlosen Scheidung weg. [i])

Auch der welcher die Patria Potestas über die Gatten hat, kann die Ehe scheiden. Nach einer Constitution des Marcus nur, wenn der Gatte selbst einwilligt. Von dem Nachtheile bey ungegründeten oder verschuldeten Scheidungen wird im Güterrecht der Ehegatten die Rede seyn. Ohne allen Nachtheil ist das divortium consensu, und was dem gleichsteht, z. B. wegen Kriegsgefangenschaft. Dann wegen unheilbaren Wahnsinns.

In der vierten Periode war die Scheidung sehr häufig Gegenstand der Gesetzgebung. Es blieb der Grundsatz, daß es nur eine Privatscheidung giebt, und die Ehe in der That aufgelöst ist, wenn ein Theil sie nicht fortsetzen will. So sagt z. B. Justinian in der Novelle 22 c. 3: die Ehe sey eine menschliche Verbindung und könne daher aufgelöst werden. So wie die Ehe privatim geschlossen wurde, so war auch die Scheidung kein gerichtlicher Act. Wohl aber haben die Gesetzgeber Scheidung zu verhüten gesucht durch Strafen auf ungegründete und Nachtheile für die, welche Grund dazu geben. Folgende Fälle werden unterschieden:

1) Divortium consensu, dieß war durchaus gestattet und

h) L. 9 D. eod. Sueton. Octav. 34: divortiis modum imposuit.

i) L. un. §. 1 D. unde vir et uxor (38, 11).

ohne nachtheilige Folgen, bis Justinian es erst spät verbot, wenn nicht beide Theile ins Kloster gehen wollten.[k]) Schon sein Nachfolger Justin II mußte es wieder erlauben.

2) Divortium bona gratia, einseitige Scheidung aus einem rechtmäßigen Grund, der nicht auf einem Vergehen beruht. Als solche Gründe werden anerkannt: Impotenz, wobey Justinian eine Probezeit von 2, nachher 3 Jahren festsetzte, — Gelübde der Keuschheit — Gefangenschaft §. 290. Constantin erlaubte der Frau sich zu scheiden, wenn der Mann in den Krieg gezogen und sie vier Jahre ohne Nachricht gelassen hatte, diese Zeit erhöhte Justinian auf zehn Jahre.[l]) Endlich verbot er die Scheidung aus diesem Grund ganz.[m])

3) Repudium, aus einem rechtmäßigen Grund, den ein Vergehen des andern Ehegatten gewährt. Constantin setzte 331 folgende Gründe fest: Giftmischerey, bey dem Mann Mord und Zerstörung von Grabmälern, bey der Frau Ehebruch und Kuppeley.[n]) Nachher wurde das Recht oft verändert: Julian stellte das ältere Recht wieder her,[o]) Honorius beschränkte wieder,[p]) Theodosius II stellte 439 das Recht der dritten Periode wieder her.[q]) Aber 449 gieng er wieder auf die Ansichten Constantin's ein, nur vermehrte er die Gründe: Ehebruch, Mord, Giftmischerey, und mehrere andere Verbrechen, Mißhandlung, verdächtiges Leben (bey der Frau gehört dahin, wenn sie wider Willen des Manns die öffentlichen Schauspiele besucht) u. s. f.[r]) Diese Veränderungen hat

---

k) Nov. 117 c. 10. Nov. 134 c. 11.

l) Nov. 22 c. 14.

m) Nov. 117 c. 11.

n) L. 1 C. Th. de repud. (6, 13.)

o) Ein Stück dieser Verordnung ist L. 2 C. Th. de dotibus (3, 13) von 363.

p) L. 2 C. Th. de repud. (3, 16) vom Jahre 421.

q) Nov. Theod. 17 (439).

r) L. 8 C. de repud. (5, 17) (Orient. 449).

Justinian recipirt, allein später, in der Novelle 117 c. 14, wieder etwas beschränkt, z. B. Mißhandlung soll kein Grund mehr seyn, sondern statt der Scheidung ein Drittel der donatio propter nuptias an die Frau ausgeliefert werden. Die Nachtheile für den schuldigen Theil sind nach der Verordnung des Honorius: für die Frau Verlust der Dos, für den Mann der Donatio propter Nuptias. Ebenso Theodosius II in einer spätern Verordnung (von 449); dabey hat es im Ganzen Justinian belassen, nur daß er bey verschiedenen Vergehen verschiedene Folgen eintreten läßt.[s])

4) Wer ohne einen gesetzlichen Grund sich scheidet, verliert nach dem Gesetz Theodosius II (449) ebenfalls die Dos oder Donatio propter Nuptias, oder wo eine solche nicht existirt nach Justinian ein Viertel des Vermögens (doch nicht mehr als hundert Pfund Goldes).[t]) Nach einem spätern Gesetz noch dazu ein Drittel dieses Betrags.[u]) Nach Novelle 134 c. 11 endlich soll der sich unrechtmäßig Scheidende, Mann oder Frau, ins Kloster gesteckt werden, und sein Vermögen verlieren, theils an seine gesetzlichen Erben, theils ans Kloster.

Statt der Form der Lex Julia de adulteriis hat schon Diocletian die Sendung eines Scheidebriefs eingeführt.[v])

CCXCII. Der Mann trägt die Lasten der Ehe, die Kosten des Haushalts, der Erziehung der Kinder. Gewöhnlich aber bringt die Frau einen Beitrag dazu mit in die Ehe. Dieser Beitrag kommt in das Vermögen des Mannes, als der Fonds

---

s) Nov. 117 c. 8. Im Fall des Ehebruchs trifft den Mann Verlust der donatio propter nuptias an die Frau, des übrigen Vermögens an die Ascendenten oder Descendenten im ersten Grade, die Frau kommt ins Kloster, an das auch ihr Vermögen fällt, mit Ausnahme von 2/3 für ihre Descendenten (oder 1/3 für ihre Ascendenten). Nov. 134 c. 10.

t) L. 11 pr. §. 1 C. de repud. 5, 17 (528). Nov. 22 c. 15. 16. 18.

u) Nov. 117 c. 13. Der Mann eben so Nov. 127.

v) L. 6. 8 pr. C. de repud. (5, 17.)

für die onera matrimonii. Mit andern Worten, es wird dem Mann etwas dotis nomine gegeben,[a]) sey es von der Frau oder für sie. Dieß kam vor 1) bey der strengen Ehe. Hatte die Frau selbst Vermögen, so kam es durch die Manus ganz an den Mann.[b]) Außerdem konnte ein Dritter, der Vater oder ein Extraneus, etwas dotis nomine geben, 2) bey der freien Ehe. Hat hier die Frau Vermögen, so bleibt es ihr unverändert, aber sie kann etwas dotis nomine geben; ebenso ein Anderer.

Ist der Ehemann in Patria Potestas, so ist es der Vater, der die onera matrimonii trägt, diesem wird dann auch die Dos erworben.[c])

Dos ist also was in das Vermögen des Mannes gebracht wird zum Zweck der Ehe, als Beitrag zu ihren Lasten. Erfordernisse derselben sind:

1) Vermehrung des Vermögens des Manns. Auf wie verschiedene Weise dieß möglich ist, auf so verschiedene ist auch eine Dos möglich, z. B. Eigenthum, iura in re, Cession von Forderungen, Bestellung einer Forderung, Erlaß einer Schuld ꝛc.

2) Die Dos muß zum Zweck der Ehe gegeben seyn, a) ohne Ehe keine Dos. Erfolgt die Ehe nicht, so kann das Gegebene mit der condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden, b) der Mann muß den Genuß der Dos während der

---

a) Ulpian. VI. Paul. II. 21 b. Vat. fragm. §. 94—122. Dig. XXIII. 1. Cod. V. 12 de iure dotium. Cod. Theod. de dotibus.

b) Cic. top. 4. Cum mulier viro in manum convenerit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fient dotis nomine. (Nicht unwiderruflich donationis nomine. Die Dotalklage ist als eine actio in bonum et aequum concepta unabhängig vom Status und daher auch einer Abhängigen zugänglich. Savigny, System II S. 113. Dadurch gewinnt die frühere Streitfrage über die Dos bei strenger Ehe [Danz, Lehrbuch der Geschichte I S. 153—155] eine ganz andere Gestalt. R.) Vat. fragm. §. 115: omnia in dotem — dari posse, argumento esse in manum conventionem.

c) L. 57 D. de iure dot. (23, 3.)

Ehe erhalten, wo nicht, so existirt keine Dos. c) Die Dos ist nur für die Dauer der Ehe berechnet und soluto matrimonio zu restituiren, wenn nicht anders bestimmt ist.[d]) Gewöhnlich werden deshalb cautiones, stipulationes geschlossen, aber auch abgesehen davon giebt das Recht eine Klage auf die Zurückforderung der Dos.

Eine eigentliche Dos ist die durch einen besondern Bestellungsact entstandne. Also ist auszuscheiden der Fall, wo das Vermögen der Frau vermöge der Manus übergeht. Bey der freien Ehe geht mit dem Vermögen der Frau ohne Bestellung keine Veränderung vor, es heißt *παράφερνα*, ein rein negativer Begriff. Es können auch Personen verpflichtet seyn eine Dos zu bestellen, aus irgend einem obligatorischen Grund. Der Vater der Frau ist es sogar gesetzlich nach einer Constitution von Severus und Antoninus.[e])

Die Dos ist bestellt, constituta, sobald das Vermögen des Manns in dieser Absicht, dotis nomine, vermehrt ist, er z. B. eine Klage hat. Drey Momente der Bestellung sind zu unterscheiden: 1) die Verpflichtung zur Bestellung gegenüber der Frau und für solche. Diese braucht nicht vorauszugehen, sie ist überhaupt kein wesentliches Erforderniß für die Bestellung. 2) die wirkliche Bestellung an den Mann, constitutio dotis, 3) die Realisirung der Bestellung, numeratio dotis, nicht nothwendig getrennt von der Constitutio, beides kann zusammenfallen. Ein Beispiel, wo die drey Fälle unterschieden sind: der Vater, der gesetzlich verpflichtet ist, bestellt die Dos durch Versprechen an den Mann, das er dann später erfüllt.

Nach altem Recht gab es drey Bestellungsarten:[f])

1) Datio dotis, Hingeben des Gegenstands selbst, so namentlich zu Eigenthum. Ueberhaupt aber überall, wo das was

---

d) L. 7 pr. D. de iure dot. (23, 3.)

e) L. 19 D. de R. N. (23, 2.)

f) Ulpian. VI. 1.

Dotalgegenstand seyn soll, sofort unmittelbar in das Vermögen des Manns gebracht wird, constitutio und numeratio zusammenfallen, so beim Erlaß einer Schuld.[g])

2) Promissio dotis, Bestellung durch Stipulation. Auch diese ist schon Bestellung, sofern sie an den Mann geschieht, nicht etwa Verpflichtung zur Bestellung.

3) Dictio dotis. Durch gewisse solenne Worte, die eine Ankündigung enthalten.[h]) Fähig dazu sind nur die Frau mit ihrem Tutor, der Vater und väterliche Ascendent der Frau, endlich der Schuldner der Frau auf ihren Befehl.[i]) Im neusten Recht giebt es nur noch zwey Bestellungsarten: datio und promissio dotis. Letztere aber kann nach Theodosius II ohne Form, sogar durch bloße Pollicitatio geschehen.[k])

Die Dos geht in das Vermögen des Mannes, an Sachen wird er Eigenthümer. Die Frau hat kein Recht während der Ehe, dessenungeachtet heißt sie ihre Dos, insofern sie von ihr oder für sie gegeben und künftig an sie zu restituiren ist. Daher: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est,[l]) die Frau hat ein Recht, aber freilich nur ein künftiges.

---

g) Gai. II. 63. L. 23. 48 §. 1 D. de iure dot. (23, 3.)

h) Terent. Andr. V. 4, 47. Chr. dos Pamphile est decem talenta. P. accipio. Dazu Donatus: ille nisi dixisset, accipio, dos non esset. datio enim ab acceptione confirmatur, nec potest videri datum id, quod non sit acceptum. Seneca controv. I. 6: quidam dictas non accepere dotes.

i) Ulpian. VI. 2. Cicero pro Flacco c. 34. 35: doti, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat. nihil istorum explicari potest, nisi ostenderis, illam in tutela Flacci non fuisse. si fuit, quaecunque sine hoc auctore dicta dos, nulla est. pro Caec. 25: ipse nunquam auderet iudicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset. Vat. fragm. §. 99: filiam familias ex dotis dictione obligari non potuisse (cf. L. 2 §. 1 D. de pollic. [50, 12]). Vat. fragm. §. 110: non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Plin. II. ep. 4. Vat. fragm. §. 100: eam quae dicta est a matre peti non posse.

k) L. 4 C. Th. de dotibus (3, 13) (428) = L. 6 C. de dotis prom. (5, 11.) *l*) L. 75 D. de iure dot. (23, 3.)

Es ist als eine Sache des öffentlichen Interesse behandelt worden, daß den Frauen ihre Dos erhalten wird, für ihren künftigen Unterhalt oder für eine zweite Ehe. Es ist ihnen daher die künftige Restitution auf verschiedene Weise gesichert (wie z. B. durch ein Vorzugsrecht beim Concurs des Mannes). Dahin gehört auch die Vorschrift der Lex Julia de fundo dotali: der Mann soll italische Dotalgrundstücke nicht veräußern oder verpfänden können.[m]) Veräußerung mit Einwilligung der Frau war erlaubt, Verpfändung nicht.[n]) Die römischen Juristen haben dieß Verbot in favorem mulierum sehr weit genommen, auch Usucapion daran kann nicht anfangen.[o]) Auch war es schon schwankend, ob diese Bestimmung nicht auf Provincialgrundstücke anzuwenden sey.[p]) Die Veräußerung ist aber nur in so fern ungültig, als das Grundstück nach Auflösung der Ehe an die Frau kommt.[q]) Justinian verordnete dasselbe bey Provincialgrundstücken und verbot sogar die Veräußerung mit Einwilligung der Frau.[r])

Die Güter, welche die Frau dem Mann zugebracht hat, und die an sie soluto matrimonio fallen sollen, heißen res uxoria. Diese fordert sie nach Auflösung der Ehe zurück mit der rei uxoriae actio oder einer Condiction, dieß konnte sie schon iure, außerdem waren auch cautiones rei uxoriae üblich, woraus die actio ex stipulatu gegeben wurde.[s]) Die rei uxoriae actio geht:

1) auf das Vermögen, das durch die Manus an den

---

m) L. 4 D. de fundo dot. (23, 5.)

n) Gai. II. 62. 32. Paul. II. 21 b §. 1. L. 1 pr. L. 4. 16 D. de fundo dot. (5,23.) L. 1 C. eod. (5,23) L. un. §. 15 C. de rei ux. (5, 13.)

o) L. 1 pr. L. 16 D. de fundo dot. (23, 5.)

p) Gai. II. 63.

q) L. 3 §. 1 L. 11 D. de fundo dot. (23, 5.)

r) pr. Inst. qu. alien. licet (2, 8).

s) L. 67 D. de iure dot. (23, 3): aut dotis iure aut per condictionem. Savigny Syst. V S. 517 Note l.

Mann gekommen ist. Doch hier nur im Fall einer Scheidung. Beim Tod des Manns erbte die Frau filiae loco in das Vermögen des Manns, mit Inbegriff des von ihr Eingebrachten. Beim Tod der Frau war niemand der es fordern konnte. — Ursprünglich hatte man wahrscheinlich keine Klage, daher die Erzählung, daß durch die Scheidung des Carvilius Ruga die Cautionen aufgekommen seyen.[t]) Später aber scheint die actio rei uxoriae darauf ausgedehnt, also jene Güter wie eine Dos behandelt worden zu seyn;

2) auf die eigentliche Dos bey der strengen und der freien Ehe. Die Dos ist für die Ehe bestimmt, so lange hat und benutzt sie der Mann. Nach der Trennung hört sie auf, und bleibt regelmäßig nicht beim Mann; der Regel nach kommt sie an die Frau. — Der Rückfall der Dos kann stipulirt seyn, dann geht die actio ex stipulatu gegen den Mann und seine Erben nach Trennung der Ehe, wie diese auch erfolge, denn dieß ist Bedingung der Stipulation.[u]) Diese wird wie eine gewöhnliche Stipulation behandelt, das ehliche Verhältniß hat keinen Einfluß. Die Klage wird dem Stipulator gegeben, nach seinem Tod geht sie auf seine Erben über. Der Stipulator kann die Frau seyn, die Dos mag von ihr herrühren oder nicht. Oder der dritte Besteller, dann heißt die Dos recepticia.[v]) Ist der Rückfall nicht stipulirt, so tritt die eherechtliche Zurückforderung mit der actio rei uxoriae ein, die eine bonae fidei actio ist.

Diese Zurückforderung kann geschehen von der Frau oder für sie. 1) Ist die Ehe getrennt durch den Tod des Manns oder durch Scheidung, so ist die Frau Klägerin. Ist sie in der Patria Potestas, der Vater, aber nicht ohne Zustimmung der

---

t) Gellius noct. att. IV. 3: Servius Sulpicius in libro — de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Sp. Carvilius — divortium cum uxore faceret.

u) L. 21—23 D. de iure dot. (23, 3.)

v) Ulpian. VI. 5. Vat. fragm. §. 112.

Tochter, für welche die Dos aufzubewahren ist. Ihre Erben können nur dann klagen, wenn die Frau die Klage hätte anstellen können und der Mann in mora war.[w]) 2) Wenn durch den Tod der Frau die Ehe getrennt ist, so fordert die dos profecticia, die aus dem Vermögen des Vaters oder väterlicher Ascendenten gekommen ist,[x]) dieser, nachdem ein Fünftel für jedes Kind abgezogen worden ist, die dos adventicia, d. h. jede Dos, die nicht profecticia ist, bleibt bey dem Mann.[y]) Eine Dos profecticia ist auch dann vorhanden, wenn die Dos von einem Dritten in der Intention, daß der Vater sie haben solle, bestellt worden ist.[z])

Bey der Zurückgabe der Dos muß die vorhandene Sache in natura, außerdem der Werth restituirt werden. Der Mann hat nur diligentia in suis rebus zu prästiren, nicht den Zufall.[aa]) Aber es kann ihm eine Dos als aestimata, mit einem Werthanschlag, gegeben seyn, d. h. mit der Bestimmung, daß die Summe der Dotalgegenstand seyn solle, aestimatio venditionis gratia.[bb]) Im Gegensatz dazu kann auch eine Aesti-

---

w) Ulpian. VI. 7. Vat. fragm. §. 112.

x) Ulpian. VI. 3: dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit: aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est. L. 5 pr. D. de iure dot. (23, 3): profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius.

y) Ulpian. VI. 3—5. Vat. fragm. §. 108. L. un. §. 6 C. de rei ux. act. (5, 13.)

z) L. 5 §. 2 D. de iure dot. (23, 3): si quis patri donaturus dedit, Marcellus — scripsit hanc quoque a patre profectam esse: et est verum.

aa) L. 17 pr. D. de iure dot. (23, 3) L. 24 §. 5 D. sol. matr. (24, 3) L. 66 pr. D. eodem: In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait: ea sententia Publii Mucii est: nam in Licinia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, in qua Gracchus occisus erat, perissent, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Liciniae praestari oportere.

bb) L. 5 C. de iure dot. (5, 12.) L. 10 pr. §. 6 L. 14. 15 D. eodem (23, 3).

mation ohne Verwandlung des Gegenstandes bestimmt werden, bloß als einstweiliger Anschlag, wenn etwa künftig der Werth prästirt werden muß, aestimatio taxationis gratia.[cc]) Der Gegenstand der Zurückgabe wird vermehrt durch die Früchte vor der Ehe, aber nicht die Früchte während der Ehe, dagegen durch andere Accessionen, die nicht zu den Früchten gehören.[dd])

Der Gegenstand der actio rei uxoriae wird gemindert:

1) durch retentiones: propter liberos, bey der Scheidung wegen Schuld der Frau ein Sechstel für jedes Kind, doch nicht mehr als drey Sechstel; propter mores, bey Scheidung wegen Vergehen der Frau, bey graviores (Ehebruch) ein Sechstel der Dos, bey leviores ein Achtel; propter impensas, welche der Mann auf die Dotalsache gemacht hat, necessariae impensae ipso iure minuunt dotem, wegen anderer findet Retention Statt, wenn sie mit dem Willen der Frau gemacht sind; propter res donatas, diese werden zurückgefordert; propter res amotas.

2) durch das was die Frau aus dem Testament des Mannes erhält. Hier galt das edictum de alterutro, d. h. die Frau kann die Dos oder das Ererbte fordern.[ee])

3) durch condemnatio in quantum facere potest, der Mann kann, wenn er die Dos nicht zurückzugeben vermag, wenigstens so viel von seinem Vermögen zurückbehalten, als er zum Lebensunterhalt bedarf.[ff]) — Alle diese Minderungen fallen weg bey der actio ex stipulatu, daher trat hier propter mores ein besonderes iudicium de moribus, die actio de moribus ein.[gg]) Ferner wegen Verwendung im Fall der Schei-

---

cc) L. 69 §. 7 D. de iure dot. (23, 3.) L. 21 C. eodem (5, 12).

dd) L. 10 §. 1. 2 L. 69 §. 9 D. de iure dot. (23, 3) L. 7 §. 12—14 D. sol. matr. (24, 3.) L. un. §. 9 C. de rei ux. act. (5, 13.)

ee) L. un. §. 3 C. de rei ux. act. (5, 13.)

ff) L. 12. 13. 21 D. sol. matr. (24, 3.) L. 8 C. eod. (5, 18.) L. 7 D. de castr. pec. (49, 17.) L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13.)

gg) Gai. IV. 102. L. 5 pr. D. de pact dot. (23, 4.)

dung eine stipulatio tribunicia.[hh]) Die Zeit der Rückforderung war folgendermaßen bestimmt: Bestand die Dos aus fungiblen Sachen, so geschah sie in drey Fristen, jede von einem Jahr, annua, bima, trima die, bey andern Sachen sogleich. In Beziehung darauf werden durch Wegfall oder Abkürzung auch die Mores des Mannes bestraft: fungible Sachen müssen propter mores maiores sogleich, propter minores nach sechs Monaten restituirt werden. Bey den andern Sachen wird er um ebensoviel bestraft, als seine Verkürzung bey den fungiblen Sachen beträgt.[ii]) Auch diese Frist fällt weg bey der actio ex stipulatu.

Justinian änderte dieses Recht der rei uxoriae actio in L. un. C. de rei uxoriae in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita (5, 13).

Wenn nicht ein dritter Besteller der Dos sich dieselbe stipulirt hat, als recepticia, so soll stets die Frau und deren Erben sie zurückfordern können, nur vermöge ausdrücklicher Verabredung soll sie beim Mann bleiben. Die Dos profecticia kommt an den Vater, wenn der Tod der Frau die Ehe trennt, oder die Frau noch in der väterlichen Gewalt ist, hier sind Vater und Tochter zugleich die Betheiligten. Die Klage soll hier, wo die Dos an die Frau, ihre Erben oder den Vater kommt, immer dieselbe seyn, es mag stipulirt seyn oder nicht. Sie heißt actio ex stipulatu, weil die Vortheile dieser Klage auf sie übertragen sind, besser nennt man sie Dotalklage, da einmal der Name actio rei uxoriae abgeschafft ist. Ihr stehen keine retentiones mehr entgegen, ebenso ist das edictum alterutro aufgehoben. Die Zeit, nach welcher zurückgefordert werden kann, ist bey Grundstücken die Trennung der Ehe, bey andern Sachen ein Jahr nachher.

---

hh) Ulpian. VII. 3: si maritus pro muliere se obligaverit vel in rem eius impenderit, divortio facto eo nomine cavere sibi solet stipulatione tribunicia. Die stipulatio tribunicia ist ein Beispiel für den Ersatz der Exceptio durch Sponsion. Gai. IV. 108. *ii*) Ulpian. VI. 13.

Die rechtlichen Vorschriften über die Dos können zum Theil abgeändert werden durch besondere Verabredungen, pacta dotalia, sowohl vor als während der Ehe. Sie sind ihrem Inhalt nach beschränkt, sie dürfen 1) nicht gegen das Wesen der Ehe streiten, z. B. darf dem Mann nicht das beneficium competentiae entzogen werden;[kk]) 2) nicht gegen das Wesen der Dos, z. B. kann nicht die Restitution aller Früchte bedungen werden;[ll]) 3) darf die Lage der Frau nicht verschlimmert werden, z. B. durch Verlängerung des Restitutionstermins, wenn die Dos an die Frau fällt.[mm])

CCXCIII. Wie dem Mann ein Beitrag gegeben wird zu den Lasten der Ehe, so kann er hinwiederum der Frau ihren Unterhalt sichern für die Zeit, wo er es nicht mehr im Stande wäre. Darauf ist ein besonderes Institut berechnet, das in der vierten Periode entstand, donatio ante nuptias oder propter nuptias, *ἀντίφερνα*, Gegendos:[a]) eine Schenkung, die der Mann der Frau macht zu dem Zweck daß sie und ihre Kinder ihren künftigen Unterhalt dadurch fänden. Es kann dabey ein dreifacher Fall gedacht werden: Verarmung überhaupt, Scheidung durch seine Schuld, Tod. Es ist nach dem Inhalt der Gesetze zweifelhaft, welcher Fall hauptsächlich dem Institute zu Grunde liegt, also Normalfall ist. Früher mußte sie vor der Ehe gegeben werden. Justinus erlaubte sie während der Ehe zu vermehren. Justinian endlich auch sie während der Ehe zu machen.[b]) Ja die Frau sollte einen rechtlichen Anspruch haben, wenn sie eine Dos eingebracht hat, auf eine

kk) L. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3.)

ll) L. 4 D. de pact. dot. (23, 4.)

mm) L. 14—16 D. eodem.

a) Cod. V. 3 de donationibus ante nuptias et propter nuptias et sponsaliciis. Cod. Theod. III. 5 de sponsalibus et ante nuptias donationibus.

b) §. 3 Inst. de donat. (2, 7.)

gleiche Donatio propter Nuptias. — Der Mann bleibt in Genuß und Verwaltung während der Ehe, ohne Veräußerungsrecht, selbst nicht mit Einwilligung der Frau. Wird die Ehe durch den Tod der Frau oder Scheidung ohne Schuld des Mannes aufgehoben, so erlischt die Donatio propter Nuptias. Stirbt der Mann, so hat die Frau an sich nur ein Recht darauf, wenn Kinder vorhanden sind, und zwar den Nießbrauch. Sind keine Kinder da, nur wenn sie ihr ausdrücklich auch für diesen Fall bestimmt worden ist.[c])

CCXCIV. Bey der strengen Ehe sind keine Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten möglich, wohl aber bey der freien, weil diese das Vermögen unverändert läßt. So namentlich Schenkungen unter Ehegatten.[a]) Diese Möglichkeit der Schenkungen könnte aber dem sittlichen Charakter der Ehe nachtheilig werden, es wäre unsittlich die ehliche Liebe zum Erwerbszweig zu machen und der liebevollere würde übler daran seyn als der lieblosere; besonders gefährlich wäre sie bey dem System der freien Scheidung. Wer etwas ihm von dem Andern Geschenktes als ausschließlich sein betrachtet, hat nicht die rechte ehliche Gesinnung. Deshalb von Alters her das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten.[b]) Sie sollen keine rechtliche Wirkung haben und zurückgefordert werden können. Ausgenommen von dem Verbote sind:

---

c) Nov. 22 c. 32. 33. Nov. 127 c. 3.

a) Paul. sent. II. 23. Dig. XXIV. 1. Cod. V. 16 de donationibus inter virum et uxorem (et a parentibus in liberos factis) et de ratihabitione. Savigny System IV §. 162—164.

b) L. 1. 2 D. de donat. inter vir. (24, 1): (Ulpian.) Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate: (2) (Paulus) nec esset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiiciebat: quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

1) die mortis causa donationes, weil diese erst nach Auflösung der Ehe perfect werden;

2) jede andere Schenkung, wo der Schenker ohne Widerruf stirbt;

3) eine Schenkung divortii causa, wenn die Gatten consensu sich getrennt haben.[c]) Dieß war wahrscheinlich auch bey der strengen Ehe möglich.

Wenn die Frau in manu eine Entwendung gegen den Mann begeht, namentlich in Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung, so hatte der Mann an sich keine Klage, wie überhaupt nicht der Gewalthaber wegen eines Delicts während der Gewalt, wohl aber eine retentio propter res amotas. Daneben wurde ihm noch eine actio rerum amotarum gegeben, bey Entwendung in Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung, auf Ersatz.

Diese Bestimmungen wurden auch auf die freie Ehe angewendet, Entwendung während der Ehe wurde nicht als gewöhnliches Furtum betrachtet und keine actio furti gegeben. Der bestohlene Ehegatte hat 1) wegen Entwendung während der Ehe überhaupt die Vindication und condictio furtiva, 2) wenn die Entwendung in Rücksicht auf eine Scheidung geschehen ist, nach erfolgter Scheidung die actio rerum amotarum. So auch die Frau gegen den Mann, wenn dieser entwendet.[d])

Daß die Frau vorzüglich erwähnt wird, erklärt sich daraus, daß bey der strengen Ehe nur diese einen Diebstahl begehen konnte. Daher später die besondere Hervorhebung, daß auch der Mann Beklagter seyn kann.

Elterliches und Kindesrecht.

CCXCV. Die Ehe hat die Wirkung, daß die darin Erzeugten einen Vater haben. Pater est quem nuptiae demon-

c) Ulpian. VI. 1.

d) Ulpian. VII. 2. L. 1—3 L. 7 D. de act. rer. am. (25, 2.)

strant.[a]) Dieß ist eine Präsumtion, die den Gegenbeweis nicht ausschließt.[b]) Sie hat aber auch gewisse Gränzen. Sie setzt voraus, 1) daß das Kind nicht früher geboren ist, als sechs Monate nach Eingehung der Ehe,[c]) 2) nicht später als zehn Monate nach ihrer Aufhebung. Das Letztere war sogar eine praesumtio iuris et de iure.[d])

Das Hauptrecht zwischen Eltern und Kindern war die Verbindlichkeit zur Alimentation. Ferner sind sie besonders ausgezeichnet beim Erbrecht.

Das Patronatrecht.[a])

CCXCVI. Wir finden schon im ältesten Recht ein Institut eigenthümlicher Art, ein Schirmverhältniß zwischen Patron und Clienten, das Patronatverhältniß. Es ist ein wesentlich gegenseitiges Verhältniß mit Rechten und Pflichten, und kann entstehen durch freie Wahl, dieß ist die älteste Gestalt, welche im neuern Recht nicht mehr vorkommt. Die Clienten, von denen in der ältesten Geschichte die Rede ist, sind nicht als Freigelassene zu denken. Diese Classe von Personen war überhaupt wohl nicht häufig im ältesten Rom, einmal weil bey der geringen Zahl von Sclaven auch die Freilassung nicht oft vorkam, dann weil der Kriegsgefangene, wenn er seine Freilassung sich verschaffte, selten in Rom blieb. Cicero erwähnt dieß ius adplicationis[b]) aber als ein ius ignotum atque obscurum, das fast außer Gebrauch gekommen sey.

Im neuern Recht entsteht das Patronatrecht durch Manu-

---

a) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4.)

b) L. 6 D. de his, qui sui (1, 6).

c) L. 12 D. de statu hom. (1, 5.)

d) L. 3 §. 11. 12 D. de suis (38, 16). Gellius noct. att. III. 16. Vgl. die Bestimmungen über die Wittwentrauer und das Eheverbot in 10 Monaten oben §. 290.

a) Dig. XXXVII. 14 de iure patronatus.

b) Cic. de orat. I. 39.

missio, als das Recht des Freilassers an der Person des Freigelassenen. Es ist natürlich, daß bey der späteren allgemeineren Entstehungsweise das Recht des Patrons sich mehr vordrängte. Unter den iura patronatus ist das wichtigste das Erbrecht des Patrons beim Tod des Freigelassenen (§. 304. 317). Beim Leben ist der Freigelassene dem Patron obsequium, Ehrfurcht schuldig, daher hat er nicht alle Klagen gegen denselben, z. B. nicht wegen Dolus, er kann ihn nicht ohne Erlaubniß des Prätors in Jus vociren, der Patron hat die Competenzeinrede, der Freigelassene ist ihm Alimente schuldig, wenn er verarmt.[c]) Dienste und übliche Schenkungen, donum et munus (Geschenke bey bestimmten Gelegenheiten) können zwar nicht gefordert werden, sie werden aber wie eine natürliche Pflicht betrachtet; wenn der Freigelassene sie leistet, kann er sie sich nicht bezahlen lassen. Hinsichtlich der operae gilt dieß nur von den officiales, den gewöhnlichen, womit man seine Ergebenheit bezeigt, zu operae fabriles ist der Freigelassene nicht einmal natura verpflichtet.[d])

Um eine Klage auf Dienste zu haben muß ein Versprechen von dem Freigelassenen geschehen seyn, wozu eine bloße iurata promissio ohne Stipulation hinreicht (operas donum munus iuro me daturum).[e]) Im Zweifel werden nur die operae officiales verstanden, diurnum officium. Nie dürfen es Sclavendienste seyn. Das Maß ist nach billigem Ermessen und Verhältniß zu bestimmen, wenn nichts Besonderes darüber festgesetzt ist.

Die Dienste dürfen nicht so groß und von solcher Beschaffenheit, noch mit solchen Nebenbestimmungen versehen seyn,

---

c) D. XXXVII. 15 de obsequiis parentibus et patronis praestandis. L. 9 D. de agnosc. lib. (25, 3) L. 16 D. de re iud. (42, 1.) §. 38 Inst. (4, 6.)

d) L. 26 §. 12 D. de cond. indeb. (12, 6) L. 9 §. 1 de op. (38, 1.)

e) Cicero ad Att. VII. 2. Gaii epit. II. 9 §. 4 L. 7 pr. D. de op. lib. (38, 1.)

daß dadurch die Freigelassenen der Herrschaft des Patrons unterworfen bleiben. Dagegen gab zuerst der Prätor Rutilius die exceptio onerandae libertatis causa factorum,[f]) ließ aber noch die Societas zu, d. h. die Verabredung der Theilung mit dem Patron, wenn der Freigelassene seinen Pflichten nicht nachkomme. Diese Bestimmung wurde in der Folge aufgehoben, dagegen das Erbrecht des Patrons erweitert.[g]) Die Folge der Exceptio ist Verlust der bonorum possessio contra tabulas. Nach der Lex Papia wird der Libertus von verschiedenen Diensten befreit, wenn er zwey leibliche Kinder oder ein fünfjähriges in seiner Gewalt hat,[h]) die Liberta wenn sie mit Einwilligung des Patrons heirathet.[i])

Aufgehoben wird der Patronat:

1) durch natalium restitutio, Bd. II §. 216,

2) durch Verzicht des Patrons nach justinianischem Recht, nach älterm nicht;[k])

3) durch Verwirkung von Seiten des Patrons, wenn er den Freigelassenen nicht alimentirt,[l]) ihn wegen eines Capitalverbrechens anklagt,[m]) Geld statt der Dienste verlangt, ihm das Versprechen abnimmt nicht zu heirathen oder keine Kinder aufzuziehen ex lege aelia sentia.[n])

Dem Patronatrecht analog ist das Recht des Parens Manumissor, ebenso auch das elterliche Verhältniß überhaupt in Bezug auf das Obsequium. Nur kann der Sohn dem Parens Manumissor keine operae versprechen, pietatem liberi parentibus non operas debent.[o])

---

f) L. 1 §. 5 sqq. D. quar. rer. a. non d. (44, 5.)

g) L. 1 D. de bon. lib. (38, 2) L. 26 D. de operis lib. (38, 1.)

h) L. 37 D. de operis lib. (38, 1.)

i) L. 14. 28. 30 §. 1 L. 48 D. eodem.

k) L. 3 de bonis lib. (6, 4.)

l) L. 5 §. 1 D. de iure patronatus (37, 14) L. 6 §. 1 D. de in ius voc. (2, 4.)   *m*) L. 9 §. 1 D. de iure patr. (37, 14.)

n) L. 6 pr. §. 4 D. eod. L. 24 D. de bonis lib. (38, 2.)

o) L. 10 D. de obseq. (37, 15.)

Die Vormundschaft.[a])

CCXCVII. Es giebt Personen, die keiner Gewalt unterworfen sind, die also ein eigenes Vermögen haben, bey denen aber diese Selbstständigkeit bedenklich ist entweder in ihrem Interesse, oder im Interesse ihrer Erben. Für solche ist das Institut der Vormundschaft eingesetzt worden, welches im ältesten Recht auch die Form einer Gewalt hat.

Impuberes und Mulieres waren nach Jus civile in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt (Bd. II §. 202). Die erstern sind es noch nach neustem Recht. Wenn sie nun selbstständig, keiner Potestas, Manus, Mancipium unterworfen sind, so hat das Civilrecht Fürsorge getroffen, ihnen jene mangelnde Handlungsfähigkeit zu ergänzen, um sie für den rechtlichen Verkehr fähig zu machen. Dieß geschieht dadurch, daß es sie einer andern Gewalt unterwirft. Diese Gewalt heißt tutela, Schirmrecht, die Impuberes in der Tutel pupilli, die Schirmenden tutores.

Die Tutela Mulierum ist ein Jus, sie konnte vindicirt und daher auch in iure cedirt werden,[b]) aber sie ist keine Potestas; Cicero wirft den Juristen vor: mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum p o t e s t a t e esse voluerunt, hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur:[c]) gerade, daß solche Tutoren entstehen konnten, die abhängig von den Frauen sind, beweist, daß die tutela mulierum an sich den Charakter einer Potestas nicht hatte. Dagegen ist die tutela impuberum nach alter Ansicht eine Potestas an der Person. So in der Definition des Servius: tutela (nämlich impuberum) est ius ac potestas in capite libero (d. h. einem keiner jener drey Gewalten unterworfenen)

---

a) Gai. I. 142—200. Ulpian. XI. XII. Inst. I. 13—26. Dig. XXVI. XXVII. Cod. V. 28—75. Rudorff, das Recht der Vormundschaft. 1832—1834.

b) Ulpian. XIX. 11.

c) Cicero pro Murena c. 12.

ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.[d]) Sie unterscheidet sich aber von jenen drey Gewalten dadurch, daß sie kein Familienverhältniß ist, daher auch Latinen unter Tutel stehen,[e]) und daß der in Tutel stehende nicht vermögenslos ist, ja die Tutel Vermögensfähigkeit voraussetzt. Die Potestas ist also nur die rechtliche Form und Begründung der Administrationsrechte, welche man sich nur in dieser Form denken konnte, und die Vormundschaft ist als ein Recht an dem Vermögen aufzufassen, daher auch die Analogie ihrer Entstehung mit dem Erbrecht.[f]) Später fand man jene Begründung der Repräsentation und Administration nicht mehr nöthig. Wie man sich das Pfandrecht, das Commodatum und Depositum Anfangs nur unter der Form des Eigenthums zu denken vermochte, später aber Verpfändung, Commodatum und Depositum ohne Uebergang des Eigenthums zuließ, so hat man auch die Tutel ohne jenes ursprüngliche Gewand der Potestas im neuern Recht anerkannt.

Das Charakteristische der Tutel besteht in der Ergänzung der Handlungsfähigkeit. Dieß geschieht durch die Mitwirkung des Tutors bey den Handlungen des Pupillen, interpositio auctoritatis, wodurch der Tutor auctor fit, der natürlichen Handlung die Eigenschaft einer juristischen aufdrückt. Bey der Interposition der Auctoritas sind keine solennen Worte vorgeschrieben, sie kann auch durch stillschweigende Gegenwart des Tutors geschehen.[g]) Sie muß aber unbedingt seyn,[h]) und der Tutor darf sich nicht in rem suam interponiren, bey einem Geschäft, in dem er selbst Partey ist.[i]) So bildet der Pupill

---

d) L. 1 pr. D. de tutelis (26, 1).

e) Gaius I. 167. Vgl. Vat. fragm. §. 193. 221.

f) L. 73 pr. D. de R. I. (50, 17) (Q. Mucius): quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.

g) L. 9 §. 6 D. aun. tot. (26, 8.)

h) L. 8 D. eodem.

i) L. 7 pr. D. eodem.

erst mit seinem Tutor zusammen eine vollständige Person in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit.

Dem Tutor kann auch die Verwaltung des Vermögens, administratio, übertragen seyn. Dieß ist der gewöhnliche Fall, aber nicht wesentlich. So hat er sie nicht bey der Tutel über Frauenspersonen. Die Frau hat selbst die Administration, nur mit der Beschränkung, daß sie der Auctoritas bedarf, um gewisse Handlungen vorzunehmen.[k]) Bey Impuberes tritt zu dem Bedürfniß der Auctoritas auch noch das Bedürfniß einer Administration, zu der sie selbst ihres Alters wegen nicht geschickt sind. Beim Pupillen ist also eine doppelte Veranlassung zur Fürsorge: 1) Unfähigkeit zu gewissen Handlungen, diese wird ergänzt durch auctoritas tutoris, 2) Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung gehoben durch administratio tutoris. Bey Frauen findet nur die erstere, nicht die letztere Statt.

Nun giebt es endlich Personen, bey denen das letztere Bedürfniß ist, nicht das erstere. So bey furiosi, denen die prodigi gleichgeachtet werden. Bey Furiosi ist keine Ergänzung der Handlungsfähigkeit denkbar, keine auctoritas tutoris, also auch kein Tutor, dessen wesentlicher Charakter gerade in jenem liegt. So sind ferner Puberes, die vollkommen handlungsfähig sind und bey denen also darum kein Tutor denkbar ist, doch auch vielleicht zur Verwaltung ungeschickt. Solchen Personen sind Verwalter des Vermögens beigesellt, wodurch ihnen die Administration entzogen wird. Diese Vermögensverwaltung heißt curatio, cura, der Verwalter curator. Auch diese wird in den Zwölf Tafeln eine Potestas genannt.[l]) Wahrscheinlich geschah eine Uebertragung des Vermögens an den Curator zum Behuf der Administration und Legis Actio. Dieß Recht hörte später auf.

---

k) Gaius I. 190. 191.

l) Rhet. ad Herenn. I. 13. Cic. de inv. II. 50: Lex est: si furiosus existit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

Tutela und Cura sind im neusten Recht durchaus als ein öffentliches Institut zum Vortheil der Mündel betrachtet, es ist eine Fürsorge des gemeinen Wesens für diese Personen, die durch Aufstellung der Tutoren und Curatoren sich bethätigt. Dieß war der Gesichtspunkt schon in der dritten Periode.[m]) Früher war dieß anders, man betrachtete die Vormundschaft ebenso sehr auch als ein Recht der Vormünder, gewisse Personen hatten einen gesetzlichen Anspruch auf die Tutel und Cura, namentlich die nächsten gesetzlichen Erben, die bey der Erhaltung des Vermögens interessirt waren.[n])

Tutela und Cura werden zusammengefaßt unter dem Begriff der Vormundschaft. Nach dem neuern Recht stellt sich der Begriff so: Vormundschaft ist das Verhältniß einer Person zu einer andern, vermöge dessen jene die Vermögensangelegenheiten dieser, aus persönlichen Eigenschaften dazu untüchtigen, unter öffentlicher Autorität und Fürsorge zu leiten hat. Dieß ist zugleich der Begriff der Cura, von der sich die Tutela durch das bey ihr hinzukommende Amt der Ergänzung der Handlungsfähigkeit unterscheidet; Curator ist der Vormund schlechtweg, Tutor der Vormund mit Auctoritas.[o]) Jene Cura heißt cura personarum, und hat in persönlichen Eigenschaften des Curanden ihren Grund, es giebt auch eine cura bonorum, Vermögensverwaltung, die aus andern als persönlichen Gründen angeordnet ist.[p])

---

m) pr. Inst. de excus. (1, 25): tutelam et curam placuit publicum munus esse. L. 1 §. 4 L. 18 §. 1 D. de mun. (50, 4) L. 6 §. 15 D. de excus. (27, 1.) *n*) Gaius I. 172—192.

o) L. 19 D. de auct. tut. (26, 8): curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae sollennitatem iuris desiderant, tutore auctore opus esse. L. 17 §. 1 D. de app. (49, 1.)

p) L. 48 D. de adm. tut. (26, 7): inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plena rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.

CCXCVIII. Es giebt drey Gründe, die jemanden zum Tutor eines Impubes machen können (tutelam deferre).

1) Rechtsvorschrift, legitima tutela.

Die lex XII tabularum beruft gewisse Personen zur Tutel, tutores legitimi, die nächsten Erben, ihre Fähigkeit vorausgesetzt: bey Freigeborenen ist dieß der nächste Agnat,[a]) solange er es bleibt.[b]) Bey Freigelassenen der Patron und dessen Kinder,[c]) doch nur der das quiritische Eigenthum am Sclaven hatte, wenn auch bloß das nudum, wo er weder Patron noch Erbe wurde.[d]) Auch der Manumissor aus dem Mancipium. Wenn vermöge Fiducia freigelassen ist, so wird er tutor fiduciarius, so auch seine Söhne.[e]) — Der Prätor modificirte das Erbrecht, nicht die Tutel, so daß diese nun theilweise nach einer andern Ordnung gieng als das Erbrecht. — Justinian hat durch die Novelle 118 das Erbrecht umgestaltet, darnach soll sich auch die Tutela legitima richten.[f]) Ebenso bey Freigelassenen hinsichtlich des Patrons. Die Tutela fiduciaria ist weggefallen, der Parens Manumissor ist schon Tutor als nächster Erbe. Ein Extraneus Manumissor ist nicht mehr möglich. — In alter Zeit wurde diese Tutel namentlich als ein Recht der Tutoren, der Agnaten betrachtet (§. 297 n), in ihrem Interesse angeordnet. Im neusten Recht ist auch sie nur eine Pflicht. Die nächsten Erben werden deshalb berufen, weil man annehmen kann, daß auch das Interesse des Pupillen dabey am besten bedacht wird.

---

a) Gaius II. 155—157. 164. §. 1. 2 Inst. de legitima agnatorum tutela (1, 15).

b) Gaius I. 158—163. §. 1—5 Inst. de capitis deminutione (1, 16).

c) Gaius I. 165. Ulpian. XI. 3. Inst. I. 17 de legitima patronorum tutela.

d) Gaius I. 167: nam ita lege iunia cavetur. Ulpian. XI. 19.

e) Gaius I. 166. Ulpian. XI. 5. Inst. I, 18 de legitima parentum tutela. 19 de fiduciaria tutela.

f) Nov. 118 c. 4.

2) Testamentarische Bestellung, tutela testamentaria.

Schon die Zwölf Tafeln geben dem Vater das Recht seinen Sui Impuberes Tutoren im Testament zu bestellen.[g]) Die testamentarische Tutel hat also drey Erfordernisse: Gewalt, Freiwerden durch den Tod, Unmündigkeit. Der Testator muß mit dem Tutor Testamentifactio haben, auch darf dieser kein Latinus Junianus seyn.[h]) Die Bestellung im Testament geschah nach altem Recht mit einer bestimmten Formel (tutorem do, tutor esto).[i]) Die Sabinianer behaupteten die Bestellung dürfe nicht vor der Erbeinsetzung geschehen, die Proculianer, auch nachher.[k]) Auch in bestätigten Codicillen ist sie möglich.[l]) Nicht aber für einen einzelnen Fall oder Geschäft, tutor testamentarius personae non rei vel causae datur.[m])

Wenn an der Bestellung etwas fehlte, so war sie nach altem Recht ungültig, in der dritten Periode konnte eine unvollkommene Bestellung durch Confirmation der Obrigkeit gültig werden.[n]) — Ein im Testament bestellter Tutor konnte die Tutel ausschlagen, wie etwas anderes im Testament hin-

g) Ulpian. XI. 14.

h) Gaius I. 23. Ulpian. XI. 6. Vat. fragm. §. 172.

i) Gaius I. 149.

k) Gaius II. 231. §. 3 Inst. qui testamento (1, 14).

l) L. 3. 8 pr. 34 D. de testam. tut. (26, 2.)

m) L. 12—15 D. eodem. §. 4 Inst. qui testamento tutores dari possunt (1, 14). Puchta, Kleine civil. Schriften 1851. S. 166 ff. (Dieß gilt aber nur von dem tutor testamentarius d a t i v u s, nicht dem optivus [§. 302 l.] Gai. I. 150 quo casu licet uxori [tutorem optare] vel in omnes res vel in unam forte aut duas: die Unmündigen und Töchter bedürfen der väterlichen Fürsorge überall, der Ehefrau konnte man eigene Einsicht zutrauen und deshalb freiern Raum gestatten. Seit dem Wegfall der Optivtutel fehlt es der Regel an einem rechten Gegensatze. Daher das Mißverständniß: sie unterscheide die testamentarische Tutel von den obrigkeitlichen Specialtutelen, wie der Vf. annimmt, oder gar, wie man früher meinte, die Tutel überhaupt von der Cura. Als ob die atilianischen Tutoren und die Curatoren, außer zum Prozeß, nicht eben so gut generelle wären [§. 299 i. k] wie die testamentarischen Dativtutoren. R.)

n) §. 5 Inst. de tutelis (1, 13).

terlassenes, auch in der Folge niederlegen, abdicare se tutela.[o]) Dieß Recht wird im justinianischen Gesetzbuch nicht mehr erwähnt.

3) Obrigkeitliche Bestellung, tutela dativa.[p])

Nach ältestem Recht war es wohl Sache der Gens, in Ermangelung des Testaments und der Agnaten die Vormundschaft zu übernehmen, sie war dazu unstreitig gesetzlich berufen, wie zur Erbschaft. In der zweiten Periode wurde eine Bestellung durch die Obrigkeit eingeführt. Die datio tutoris aber liegt nicht in der Jurisdiction oder dem Imperium eines Magistrats, sie muß besonders verliehen seyn durch ein Gesetz,[q]) so geschah dieß: 1) für den Prätor urbanus durch die Lex Atilia,[r]) mit Zuziehung der maior pars tribunorum plebis, die sein Consilium in Vormundschaftssachen bilden sollen, tutor atilianus, 2) für den Präses Provinciae durch die Lex Julia und Titia,[s]) 3) in der dritten Periode durch Constitutionen der Principes auch für andere Magistrate, so für den Consul,[t]) auch hatte man besondere praetores tutelares.[u])

---

o) Ulpian. XI. 17.

p) Bey den römischen Juristen kommt tutela dativa noch nicht in diesem Sinne vor, tutores dativi heißen auch die testamentarischen, L. 7 D. rem pupilli (46, 6). L. 5 C. de legit. tut. (5, 30.)

q) L. 6 § 2 D. de tutelis (26, 1): tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps.

r) Dirksen vermischte Schriften I. (1841) 1.

s) Ulpian. XI. 18.

t) Sueton. Claud. 23: sanxit ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur. Plin. IX. ep. 13. Vat. fragm. §. 155.

u) Capitolin. Marc. 10: praetorem tutelarem primus fecit, cum antea a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. (Daß die Einsetzung in die Jahre 161—169 fällt und mit der Ernennung der Juridici für Vormundschafts- und Fideicommißsachen in Italien außer der urbica dioecesis [Tuscien und Campanien] Bd. I §. 92 m zusammenhängt wird jetzt zweifellos durch einen kürzlich in Concordia in Venetien gefundenen Stein, welchen der dortige Stadtrath seinem Patron, dem

Ferner bekamen die Datio die Municipalmagistrate.[v]) Später wurden sie beschränkt auf geringeres Vermögen, nach Justinian 500 solidi.[w]) Diese tutores atiliani u. s. w. sind fortwährende Tutoren. Daneben können aber auch Tutoren für einzelne Fälle oder Geschäfte durch die Obrigkeit bestellt werden, ebenso wenn der Pupill schon einen Tutor hat, dieser aber verhindert ist, z. B. für Geschäfte mit dem Tutor, bey Abwesenheit desselben u. s. w., ein solcher hieß tutor praetorius.[x])

Das Verhältniß dieser Delationsgründe ist folgendes: Vor allen wird berufen der Tutor Testamentarius. Nachher der Legitimus; solange es ungewiß ist, ob Tutela testamentaria eintreten wird oder nicht, so wird nicht der Legitimus berufen, sondern es tritt einstweilen eine Datio durch die Obrigkeit ein.[y]) Fällt die Testamentaria Tutela weg, so tritt der Legitimus ein, den Fall ausgenommen, wo jene unter Mitwirkung der Obrigkeit weggefallen ist.[z]) Sonst findet die datio nur Statt, wenn kein anderer Delationsgrund eintritt (tutorem habenti tutor non datur).[aa])

Die Tutel endigt sich 1) durch den Tod des Pupillen,

---

ersten Juridicus der Transpadana und ersten Tutelarprätor [iuridico per Italiam regionis transpadanae primo, fratri arvali, praetori cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis imperatoribus mandata est] für dessen Fürsorge während der Hungersnoth 166 errichten ließ: Mommsen, Verhandl. der sächs. Gesellschaft. 1852. S. 269. Der scheinbare chronologische Widerspruch in fragm. vat. §. 244 wurde daher mit Recht schon früher durch Unterscheidung dreier Rescripte gelöst, s. Rudorff, Vormundschaft. I S. 347. R.)

v) L. 3 D. de tut. dat. (26, 5.)

w) §. 4 Inst. de atil. tut. (1, 20.)

x) Die einzelnen Fälle s. Gaius I. 173—187.

y) L. 11 pr. D. de test. tut. (26, 2): sciendum est enim quamdiu testamentaria speratur, legitimam cessare.

z) L. 11 §. 1. 2 D. eodem.

aa) L. 27 pr. D. eodem. (Nämlich nach der lex atilia Gai. I. 185—187, auf welche sich auch die im Text angeführte regula iuris allein bezieht. R.)

2) durch seine Mündigkeit, 3) durch Capitis Deminutio desselben. Durch diese Gründe wird alle Tutel über dieses Individuum aufgehoben; 4) durch den Tod des Tutors; 5) durch Capitis Deminutio magna desselben. Durch Minima hört nur die Legitima auf und nach neustem Recht auch diese nicht mehr.[bb]) 6) Durch Ausspruch der Obrigkeit, Deposition, indem sich der Vormund entweder excusirt, oder abgesetzt wird (excusatio, remotio), sobald ein anderer in seine Stelle ernannt ist. Bey der Mutter und Großmutter endigt die Tutel durch Secundae Nuptiae.[cc])

Der Wirkungskreis des Tutors ist ein dreifacher: 1) hat er Auctoritas zu interponiren. Sind mehrere Legitimi oder Dativi, so müssen alle zusammen, bey mehreren Testamentarii kann auch nur einer interponiren;[dd]) 2) hat er die Administration; 3) die Fürsorge für die Person. Doch ist die Erziehung nicht dem Tutor überlassen, sondern die Obrigkeit bestimmt Ort und Art. Der Tutor ist hier nur mitwirkend.[ee])

CCXCIX. Die Cura kann überall eintreten, wo jemand aus persönlichen Gründen seinen Angelegenheiten nicht vorzustehen vermag, und es daher Bedürfniß wird, die Administration seines Vermögens einem Andern zu übertragen. Das Verhältniß des Curators unterscheidet sich von dem des Procurators darin, daß letzteres ein bloßes Privatverhältniß ist, das von dem Willen des Dominus abhängt. Die Cura dagegen ist ein munus publicum, der Curator ein öffentlich be-

---

bb) §. 4 Inst. quib. mod. tut. in. (1, 22.) L. 7 pr. D. de cap. min. (4, 5): tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quae in iure alieno positis personis (non: Haloander, vgl. Huschke im Rhein. Mus. VII. 1. 3) deferuntur.

cc) Nov. 22 c. 38.

dd) Cic. pro Flacco c. 34. Ulpian. XI. 26. L. 5 C. de auct. praest. (5, 59.)

ee) L. 1 pr. §. 6 D. ubi pup. (27, 2.)

stellter Verwalter, seine Geschäftsführung hängt weder in ihrer Dauer noch in ihrer Art von der Willkühr des Curanden ab. Vielmehr ist demselben die Administration entzogen und er wird in dieser Hinsicht unter die Direction des Curators gestellt, während der Procurator unter der Direction des Dominus steht.[a]) Deshalb ist auch die Curatio nicht ein Verhältniß, das willkührlich überall anzuordnen ist, sondern ursprünglich nur wo Leges oder quod legis vicem obtinet es gestatten oder gebieten, später auch in gewissen andern Fällen nach Ermessen der Behörden. Alle Curatoren werden von der Obrigkeit bestellt.

Die einzelnen Fälle sind:

1) cura furiosi. Nach den Zwölf Tafeln wurden dazu die Agnaten und Gentilen des Furiosus berufen.[b]) Dieß war also eine Cura legitima. Später geschah die Bestellung nur durch die Obrigkeit, die an jene Bestimmung nicht mehr gebunden war.

2) cura prodigi. Dieser geht ein bonis interdicere, eine Prodigalitätserklärung auf Antrag der Verwandten rc. voraus.[c]) Sie wird nach Analogie der Cura Furiosi behandelt und ist legitima, wenn der Prodigus Intestaterbe seines Vaters geworden ist, sonst bestellt den Curator der Prätor.[d]) Nach neustem Recht geschieht dieß nur durch die Obrigkeit.[e])

3) cura minorum. Die Cura Prodigi und Furiosi genügte nur in den ältesten Zeiten. Später als die Einfachheit der

---

a) L. 3 C. de in int. (2, 22): cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.

b) Ulpian. XII. 2.

c) Paul. sent. III. 4 a §. 7: moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

d) Ulpian. XII. 3.

e) L. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10.) §. 3 Inst. de curat. (1, 23.)

Sitten aufhörte, die Jugend mit der Ueppigkeit des Auslandes vertraut ward, wurde eine weitere Fürsorge Bedürfniß, damit die den Minderjährigen zustehende Handlungsfähigkeit nicht ihren Ruin herbeiführte. Bis ein Jüngling den Grad von Verschwendung erreichte, um damals als Prodigus zu erscheinen, konnte er schon den größten Theil seiner Güter verschwendet haben. Diesem Bedürfniß sollte die Lex Plätoria abhelfen, die wahrscheinlich um die Mitte des sechsten Jahrhunderts der Stadt gegeben war; Plautus, welcher 571 starb, erwähnt sie öfters, wie es scheint, als ein nicht sehr altes Gesetz.[f]) Schon oben (Bd. II §. 202) ist erwähnt worden, daß dieses Gesetz die minores xxv annis gegen Uebervortheilung in Schutz nahm.[g]) So enthielt es auch die Bestimmung, daß die Minderjährigen certis ex causis einen Curator erhalten sollten.[h]) Ob hierunter fortdauernde Curatoren zu verstehen sind, oder nur für einzelne Fälle, ist ungewiß. Marc Aurel verordnete, daß alle Minores auf ihr Gesuch, ohne bestimmte causa, einen Curator erhalten sollten.[i]) Den Minderjährigen wird kein Curator gegeben wider ihren Willen, inviti non accipiunt curatorem; ausgenommen sind gewisse Fälle, wo ein Anderer

---

f) Plautus Pseudol. I. 3, 69: Perii an non tum lex me perdit quina vicenaria? Rudens V. 4, 24: cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos.

g) Savigny über den Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht. 1833.

h) Capitolin. Marc. c. 10 de curatoribus vero, cum antea nonnisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.

i) Gaius I. 197. 198. Die certae causae können wir uns nur als solche denken, die in besonderen Verhältnissen ihren Grund haben, damit auch vorübergehend sind. Wahrscheinlich heißt certis ex causis: die einzelnen Fälle sind der Grund und zugleich die Gränze der Cura. Marc Aurel dagegen sagt: die causa soll seyn die minor aetas, also ein fortdauernder Grund, daher auch eine fortdauernde Cura.

das Recht hat, es zu verlangen, so in litem, ferner der Schuldner der zahlen will. k)

4) cura ex aliis causis. Personen, die aus andern Gründen an der Verwaltung ihres Vermögens gehindert sind, z. B. bresthafte Personen, Impuberes, deren Tutoren verhindert sind 2c. l) Diese Cura tritt nur ein nach vorhergegangener causae cognitio.

Die Cura endigt in der Person des Curators wie die Tutel. In der Person des Curanden durch Capitis Deminutio, Wegfall der causa, bey der Cura Furiosi durch Genesung, bey der Cura Prodigi durch Besserung, m) bey der Cura Minorum durch das Alter von 25 Jahren, auch venia aetatis, schon in der dritten Periode. n) Constantin bestimmte gesetzlich die Erforderniße, ohne welche die Concession ungültig seyn sollte: ein Alter von 18—20 Jahren und gute Aufführung. o)

Der Wirkungskreis des Curators umfaßt: 1) die Administration, 2) die persönliche Fürsorge, wenn sie nothwendig ist, z. B. beim Furiosus. p) Der Curator kann keine Auctoritas interponiren, sondern nur seinen Consens geben, der ein Theil der Administration ist.

CCC. Die Tutoren der Impuberes und die Curatoren haben die Administration des Vermögens der Mündel, welche

---

k) §. 2 Inst. de curat. (1, 23): item inviti adolescentes curatores non accipient, praeterquam in litem, curator enim et ad certam causam dari potest (d. h. durch Marc Aurel ist die Möglichkeit einer vorübergehenden Cura nicht ausgeschlossen). L. 7 §. 2 D. min. (4, 4.)

l) §. 4. 5 Inst. de cur. (1, 23.) Paul. IV. 12, 9: caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest.

m) L. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10): tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

n) L. 1 §. 3 L. 2. 3 pr. D. de min. (4, 4.)

o) L. 1 C. Th. = L. 2 C. de his, qui veniam (2, 45).

p) L. 7 pr. D. de cur. fur. (27, 10.)

daher diesen entzogen ist. Zu der Administration, also zu dem Amt des Vormunds, gehört auch die Entscheidung über die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, welche eine Verminderung des Vermögens zur Folge haben können, also Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte. Das Rechtsgeschäft kann 1) von dem Vormund selbst statt des Mündels vorgenommen werden, so namentlich Veräußerungen (wenn er sie vermöge der Administration vorzunehmen im Stande ist),[a]) andere Rechtsgeschäfte, sofern sie eine Repräsentation zulassen, 2) von dem Mündel: bey einem Impubes mit Auctoritas, bey einem Curanden der vollkommen handlungsfähig ist, ohne eine ergänzende Mitwirkung des Curators, nur jene Entscheidung vorausgesetzt, die hier Consensus heißt. Dieser ist keine förmliche Handlung, er kann abwesend, vor- oder nachher gegeben werden.

Wo mehrere Vormünder sind, kann Einem vornehmlich die Administration übertragen seyn, dieser heißt tutor gerens, die andern, welche die Aufsicht über diesen, also keine unmittelbare Administration haben, tutores honorarii. Mehrere gerentes können in verschiedenem Verhältniß zu dem Vermögen stehen. Es kann nach Provinzen oder Geschäftszweigen unter sie vertheilt seyn, tutela divisa, wodurch jeder für das Ressort des Andern in das Verhältniß eines honorarius tritt.[b])

Durch die Administration steht der Vormund in einem obligatorischen Verhältniß zum Mündel. Er hat die Verbindlichkeit zu ordentlicher Verwaltung, wie der Mündel selbst als bonus pater familias sie führen würde,[c]) doch haftet er nur wegen Versäumniß der diligentia in suis rebus, weil die Vormundschaft nichts freiwilliges ist.[d]) Am Ende seiner Amts-

---

a) L. 12. 17 D. de cur. fur. (27, 10) L. 12 §. 3 D. de adm. tut. (26, 7.)

b) L. 2 C. de div. tut. (5, 52.)

c) L. 10 D. de adm. tut. (26, 7.)

d) L. 1 pr. D. de tutelae (27, 3).

führung muß der Vormund das Vermögen herausgeben und Rechnung ablegen. Auf alles dieß geht am Ende der Vormundschaft die tutelae actio, welche bey der Cura als utilis gegeben wird.[e]) Sie ist eine famosa actio.[f]) Der Vormund hat wegen seiner Gegenansprüche eine actio contraria.[g])

Wenn jemand gerirt ohne wirklich Tutor zu seyn, so ist seine Auctoritas natürlich ungültig auch bey Veräußerungen,[h]) aber er wird dadurch nicht von der Haftung befreit, sondern gerade so wie ein Vormund betrachtet[i]) und gegen ihn die protutelae actio gegeben.[k])

Der Mündel wird gesichert gegen die Möglichkeit einer pflichtwidrigen Verwaltung:

1) durch die Möglichkeit der remotio. Schon die Zwölf Tafeln gaben eine Anklage gegen einen untreuen oder nachläßigen Vormund, suspecti crimen oder postulatio, eine quasi publica accusatio.[l]) Zur Anstellung derselben sind die Contutoren verpflichtet. Auch die Obrigkeit kann ex officio einschreiten.[m]) Die Remotion geschieht entweder cum infamia, wegen Untreue oder culpa lata, oder wegen Untüchtigkeit sine infamia.[n])

2) durch Beschränkung der Administrationsbefugnisse. In der Administration liegt das Veräußerungsrecht (mit Ausnahme der Schenkung), welches nach älterem Recht unbeschränkt war. Ein Senatusconsult unter Severus 195 setzte fest: keine Veräußerung der praedia rustica und suburbana

---

e) L. 2 C. de hered. tut. (5, 54.)
f) Cic. de or. I. 37 pro Caec. c. 3 pro Rosc. com. c. 6 top. c. 10.
g) L. 1 pr. D. de contr. tut. (27, 4.)
h) L. 2 D. de eo, qui pro tut. (27, 5.)
i) L. 4 D. eodem.
k) L. 1 pr. D. eodem.
l) Cic. de off. III. 15. L. 1 §. 2 D. susp. tut. (26, 10.)
m) L. 3 §. 4. 12 L. 12 D. eodem.
n) L. 9 C. de susp. tut. (5, 32.) §. 6 Inst. eod. (1, 26.)

(also Grundstücke, die nicht bloß städtische Gebäude) solle möglich seyn ohne Decret des Prätor urbanus nach vorausgegangener causae cognitio und Nachweisung der Nothwendigkeit. Ausgenommen waren in dem Senatusconsult nur die Fälle, wo der Vater die Veräußerung im letzten Willen erlaubt oder ein Anderer das Recht sie zu verlangen hatte.[o]) Später wurde diese Bestimmung ausgedehnt auf Sclaven eines Prädium rusticum und Constantin stellte alle Sachen von Bedeutung und Werth darunter, mit Ausnahme der nicht ohne Nachtheil aufzubewahrenden.[p]) Justinian verbot auch die Annahme von Zahlungen ohne Decret, jedoch mit mehrern Ausnahmen.[q])

3) durch Satisdation des Vormunds. Dieser mußte Caution durch Bürgen leisten, rem pupilli salvam fore. Ausgenommen von der Verbindlichkeit zur Satisdation sind 1) der tutor testamento datus,[r]) 2) ob der Patron und seine Söhne ist unter den Juristen streitig. Die herrschende Ansicht war: es sey auf die individuellen Verhältnisse zu sehen (Stand des Patrons, Größe des Vermögens);[s]) 3) die von einem höhern Magistrat, nicht von Municipalmagistraten ex inquisitione gegebenen.[t]) Wenn von mehreren Befreiten einer die Caution anbietet, so soll dieser zum Gerens gemacht werden.[u])

4) durch eine gesetzliche Hypothek an allen Sachen des Vormunds. Wann diese eingeführt worden, ist unbekannt. Schon unter Constantin war dieß Rechtens.[v])

5) durch Haftung anderer Personen für den Vormund. Außer den Bürgen haften in subsidium die Affirmatores, die

---

o) L. 1 D. de rebus eorum, qui sub tut. (27, 9.)
p) L. 22 C. de adm. tut. (5, 37.)
q) L. 25 C. de adm. tut. (5, 37.) §. 2 Inst. quib. al. (2, 8.)
r) Gaius II. 200. pr. Inst. de satisd. tut. (1, 24.)
s) L. 5 §. 1 D. de leg. tut. (26, 4.)
t) Gaius I. 199. 200.
u) L. 19 D. de test. tut. (26, 2.)
v) L. 20 C. de adm. tut. (5, 37.)

bey der Inquisition die Tüchtigkeit des Vormunds bezeugt und sich ebendadurch verbürgt haben. Ferner die Nominatores, welche den Vormund in Vorschlag gebracht haben. Diese kommen in zweierley Art vor: a) bey der petitio tutoris. Wenn der Pupill keinen Vormund hat, kann jeder einen erbitten oder vorschlagen. Gewisse Personen sind dazu verpflichtet, so die Mutter und sonstige Intestaterben bey Verlust ihres Intestatrechts, wenn der Pupill in der Unmündigkeit verstirbt.[w]) Auch der Libertus bey arbiträrer Geldstrafe.[x]) b) Bey der Excusation durch nominatio potioris. Wenn jemand von einem Magistrat zum Vormund bestellt war, so konnte dieser einen Näherstehenden vorschlagen, einen potior in Beziehung auf persönliche Verbindung mit dem Pupillen. Dieß Recht hatte nicht der Libertus. Es wurde beschränkt durch eine Oratio des Severus (weil oft viel Zeit damit verbracht wurde): nicht berechtigt zur nominatio sollen seyn 1) Collegen des Vaters oder Pupillen, 2) Verwandte innerhalb des von der Lex Julia und Papia ausgenommenen Grades, 3) andere Verwandte und Befreundete können nur die unter 1) und 2) aufgeführten nominiren, 4) bloße vicinitas ist kein Grund.[y]) Die ganze Nominatio hat Justinian aufgehoben.

Endlich haften noch die Municipalmagistrate, wenn sie bey der Satisdation etwas versehen haben, nach einem Senatusconsult Trajan's. Nach einer Constitution des T. Pius auch ihre Erben,[z]) nie aber höhere Magistrate.

CCCI. Unfähig zur Vormundschaft sind:

1) Frauenspersonen. In der dritten Periode wurden öfters Mutter und Großmutter durch besondere Concession zuge-

---

w) L. 2 §. 2 D. qui petant (26, 6).

x) L. 2 §. 1 eodem.

y) Vat. fragm. §. 158. Paul. sent. II. 29 qui potiores nominare non possint.

z) L. 5 C. (5, 75.) L. 6 D. de magistrat. conv. (27, 8.)

lassen. Dieß wurde im justinianischen Recht allgemeiner Rechtssatz, sofern sie nicht zur zweiten Ehe schreiten.[a])

2) Sclaven.

3) Peregrinen (Latinen sind fähig).[b])

Nur diese Personen waren nach älterem Recht ipso iure unfähig. Auf die persönliche Untüchtigkeit zur Führung der Vormundschaft wurde nicht gesehen, was sich aus der Ansicht des ältesten Rechts erklärt, daß die Vormundschaft ein Recht sey. Daher konnten Unmündige, Wahnsinnige, Stumme und Taube, Abwesende, wenn sie durch Lex oder Testament berufen waren, Vormünder werden. Nur kann dann bey solcher Verhinderung für gewisse einzelne Fälle ein Vormund erbeten werden.

Dieß änderte sich mit jener Ansicht von der Vormundschaft und es traten folgende Regeln ein: 1) die von der Obrigkeit bestellten Vormünder wurden immer und von jeher aus dem Gesichtspunkt betrachtet, daß ihnen die Vormundschaft nicht als ein Recht, sondern im Interesse des Mündels gegeben werde. Daher galt für diese Bestellung der Grundsatz, daß nur solche gewählt wurden, bey denen die Angelegenheiten des Mündels gut berathen und die für die Führung wirklich geschickt waren. Daher nicht muti, surdi, furiosi, impuberes, ferner nicht solche, die die Eltern verbeten hatten,[c]) die sich dazu drängen,[d]) nicht der Bräutigam für die Braut.[e]) 2) Die Obrigkeit soll solche untüchtige Vormünder, wenn sie durch Testament oder Lex berufen sind, entfernen können.[f])

Justinian endlich setzte noch einige Personen hinzu, welche ipso iure unfähig seyn sollen: Minderjährige,[g]) Soldaten,

---

a) L. 2 C. quando mul. (5, 35) (Theodosius) Nov. 118 c. 5.

b) Ulpian. XI. 16. Vat. fragm. §. 193.

c) L. un. C. si contra matris ult. vol. (5, 47.)

d) L. 21 §. 6 D. de tut. dat. (26, 5.)

e) L. 14 D. de cur. fur. (27, 10.) L. 2 C. qui dare (5, 34).

f) L. 10 §. 1 D. de legit. tut. (26, 4.)

g) L. 5 C. de leg. tut. (5, 30.) §. 13 Inst. de excus. (1, 25.)

Bischöfe, Mönche.[h]) Ferner sollen Gläubiger und Schuldner des Pupillen nicht zur Vormundschaft gelassen werden.[i])

Die Vormundschaft ist ein munus civile, ihre Uebernahme eine Pflicht. Doch giebt es Gründe der Befreiung, excusationes, großentheils dieselben wie bey sonstigen munera personalia; z. B. kann sich entschuldigen, wer 3, 4, 5 Kinder hat,[k]) senatores, magistratus, grammatici, sophistae, rhetores, legum doctores in Rom,[l]) medici, Freigeborne hinsichtlich der Freigelassenen ꝛc.[m]) Aber auch außerdem gab es noch viele Gründe, so Unkunde des Lesens und Schreibens,[n]) paupertas,[o]) tria onera tutelae,[p]) wer die Tutel geführt hat, kann sich von der Cura excusiren ꝛc.[q]) Man hatte eine Unzahl solcher Excusationen theils im vorjustinianischen, theils noch im justinianischen Recht, die einzelnen Fälle sind namentlich im Titel der Vaticanischen Fragmente de excusationibus in sehr großer Zahl angegeben. Diese Excusationsgründe sind theils solche, die gegen eine deferirte Vormundschaft, theils gegen eine schon übernommene gelten.[r])

CCCII. Das älteste Recht gestattet den Frauen nicht die freie, selbstständige Stellung wie den Männern, eine Unterscheidung, die in der That der Natur selbst gemäß ist. Eine vollkommene Selbstständigkeit der Frauen ist immer etwas dem natürlichen Sinn Zuwideres, der weiblichen Natur Unange-

---

h) L. 52 C. de ep. et cler. (1, 3) Nov. 123 c. 5.

i) Nov. 72 c. 1. Nov. 99 c. 1.

k) L. 1 C. qui numero lib. (5, 66.) Vat. fragm. §. 247.

l) Vat. fragm. §. 160. L. 6. §. 12 D. excus. (27, 1.)

m) L. 27 §. 1 D. de tut. dat. (26, 5) L. 1 §. 4 D. de excus. (27, 1.)

n) §. 8 Inst. de excus. (1, 25.)

o) Vat. fragm. §. 240. L. 7 D. de excus. (27, 1.)

p) Vat. fragm. §. 125. L. un. C. qui numero tut. (5, 69.)

q) Vat. fragm. §. 188—200. Paul. II. 27. 2. §. 18 Inst. de excus. (1, 25.)

r) L. 15 pr. D. de excus. (27, 1) L. 11 §. 2 D. de min. (4, 4.)

messenes. Am anschaulichsten tritt dieß hervor im öffentlichen Recht, die Frauen können darin nicht activ werden, nicht minder im ältesten Privatrecht vor seiner Trennung von jenem. Aber auch nachdem der Riß zwischen öffentlichem und Privatrecht eingetreten war, blieb immer das Bestreben, die Selbstständigkeit der Frauen zurückzudrängen.[a])

Ist die Frau nicht unter Potestas oder Manus, so soll sie lebenslänglich unter der Gewalt von Tutoren stehen. Sie soll beschränkt seyn in der Handlungsfähigkeit, wie Impuberes, nur mit Ausnahme der Veräußerung von res nec mancipi,[b]) unfähig zu Handlungen des Jus civile, zur Veräußerung von res mancipi, zur Verpflichtung ohne die Auctoritas.[c]) Diese Tutel ist von dem Gesetz den Agnaten gegeben, bey einer Freigelassenen aus der Sclaverey dem Patron, bey der aus dem Mancipium Freigelassenen dem Manumissor.[d]) Diese Tutel bestand nicht im Interesse der Frauen, sondern im Interesse theils der Agnaten und nächsten Erben, um diesen das Vermögen zu erhalten, theils der guten Sitte, welche das untergeordnete Verhältniß des weiblichen Geschlechts verlangt.[e])

Aber die Römer giengen nicht weiter als dieses Princip forderte, sie waren weit entfernt die Frauen nach der Weise orientalischer Völker herabzuwürdigen. Die Tutores Mulierum haben keine Administration, diese steht den Frauen selbst zu,

---

a) Cato für die Lex Oppia bey Livius XXXIV. 2: maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum. nos (si Diis placet) iam etiam rem publicam capere eas patimur et foro prope et concionibus et comitiis immiscere.

b) Gaius II. 80—86.

c) Ulpian. XI. 27.

d) Ulpian. XI. 3. 5.

e) Gaius I. 189. 190. (Von diesem praktischen Standpunct aus unterschied Labeo nur zwei genera tutelarum: die legitima tutela und die alterius generis tutores Gaius I. 188. II. 122. R.)

daher giebt es kein tutelae iudicium,[f]) bloß Auctoritas in obigen Fällen, auch diese nicht zu Handlungen des Jus Gentium, denn diese Tutel ist iuris civilis, ausgenommen zu Verpflichtungen. Tutores legitimi können nicht zur Auctoritas gezwungen werden, später geschah dieß ex magna causa.[g]) Die Legitimi können durch In Jure Cessio die Tutel übertragen, tutor cessicius.[h]) — Ausgenommen von der Tutel sind die Virgines Vestales, durch die Lex Julia und Papia auch die Frauen, welche das Jus Liberorum hatten, eine Ingenua mit drey, eine Libertina mit vier Kindern.[i])

In der zweiten Periode wurde die altrömische Sitte laxer. Wie die Frauen die strenge Ehe flohen, um ihr Vermögen in ihrer Gewalt zu behalten, so suchten sie auch der Legitima Tutela zu entgehen. Wenn sie andere Tutoren erhielten, so war die Tutel keine Last mehr, denn diese hatten kein Interesse und konnten gezwungen werden, ihre Auctoritas zu interponiren. Diese Umgehung der Legitima Tutela konnte auf mehrfache Weise geschehen:

1) Der Vater konnte ihnen einen Testamentarius Tutor bestellen, der über die Unmündigkeit hinaus blieb.[k]) Solange dieser lebte war der Legitimus ausgeschlossen.

2) Dasselbe Recht hatte der Ehemann vermöge der Manus. Hier gab es noch etwas vortheilhafteres, der Ehemann konnte der Frau die tutoris optio geben, die Erlaubniß sich

---

f) Gaius I. 191.

g) Gaius I. 192.

h) Gaius I. 167—172. Ulpian. XI. 6—8. (v. Scheurl Beitr. [1854] No. 13. R.]

i) Gaius I. 115. 145. 194. (Die legitima parentum und agnatorum tutela fällt weg, weil die Virgo Vestalis ohne Capitis Deminutio aus der Familie ausscheidet [§. 284 c]. Eine andere Tutel tritt nicht ein, um ihr die Zuwendungen an ihre ehemalige Familie, durch welche diese allein von ihr erwerben konnte [§. 304 m §. 307 g §. 308 u] möglichst zu erleichtern. R.)

k) Gaius I. 144. 145.

selbst einen Tutor zu wählen. Diese hieß optio plena, wenn sie so oft wählen konnte, als sie einen Tutor bedurfte, angusta, wenn nur bestimmte Male. Die von der Frau gewählten Tutoren hießen tutores optivi, im Gegensatz der vom Testator unmittelbar ernannten dativi.[l])

3) Die Frau konnte sich von der Agnatentutel befreien durch coemtio cum extraneo fiduciae causa. Dieser wurde dann Tutor Fiduciarius, darum wählte man kinderlose Greise.[m]) Jene Coemtio setzt allerdings die Auctoritas des bisherigen Tutors voraus, sie konnte daher nur geschehen, wenn die Frau etwa einen Tutor Dativus oder auch sonst einen nachgiebigen Agnaten hatte (§. 285 g).

4) Durch Leges waren für einzelne Fälle Tutoren versprochen, wenn der Legitimus verhindert war, z. B. dotis constituendae causa ex lege iulia et papia, wenn der Legitimus unmündig, ferner durch ein Senatusconsult ad adeundam hereditatem.[n]) Auch die Lex Atilia bezog sich zugleich auf die Tutela Mulierum,[o]) sie ordnete indeß nur Vormünder in gänzlicher Ermangelung aller andern an.

Die Bedeutung dieser Tutoren bestand 1) in der Ausschließung der Legitimi, 2) darin, daß sie doch Berather der Frau waren, wenn sie auch ihre Auctoritas nicht versagen konnten.

Durch die Lex Claudia wurde die Tutel der Agnaten über die Frauen ganz aufgehoben. Als Legitima Tutela blieb nur noch bestehen die des Patrons und des Parens Manumissor aus dem Mancipium. Außerdem gab es nur testamentarische und von der Obrigkeit gegebene.[p])

---

l) Gaius I. 150—154.

m) Cicero pro Mur. c. 12 ad fam. II. 19 top. 4. (Dazu: Hoffmann in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. III. 9. Savigny das. III. 10. [1817.] R.)

n) Gaius I. 173—181.

o) Ulpian. XI. 18.

p) Gaius I. 157. 171. 172.

Gaius sagt, es sey kein vernünftiger Grund vorhanden, daß die Tutel überhaupt gelassen worden sey, da man den Hauptfall aufgehoben habe. Allerdings der erste Grund ihrer Bedeutung ist weggefallen, aber der zweite noch geblieben.

In der vierten Periode ist die Tutela Mulierum untergegangen. Wann? ist nicht genau zu ermitteln. Sie wird noch in einem Edict Diocletian's erwähnt.[q]) Im Coder Theodosianus findet sich keine Spur mehr, ebensowenig in der justinianischen Gesetzgebung.

---

q) Vat. fragm. §. 325: mulier quidem facere procuratorum sine tutoris auctoritate non prohibetur. (Diocletian und Constantius a. 293.) (Valentinian II erklärt 390 die Mutter fähig, die Vormundschaft über ihre Kinder zu führen L. 4 C. Th. de tut. et cur. [3, 17] L. 2 C. quando mul. [5, 35], dieß setzt die Aufhebung der tutela mulierum voraus. Diese fällt also zwischen Diocletian und Valentinian. In einer Urkunde aus der Zeit Constantius II vom Jahre 354 kommt der Ehemann noch als Auctor zu einem Manumissionsact vor, den die Frau vornimmt. Schmidt, Forschungen auf dem Gebiete des Alterthums I. S. 298—302 [1842]. Dieß ist aber nur die peregrinische Quasitutel Gai. I. 193, welche in den Provinzen nach Verleihung der Civität durch Caracalla noch fortbestand. R.)

Eilftes Kapitel.

Von dem Erbrecht.

Grundbegriffe.

CCCIII. Wenn eine Person stirbt, so müßte natürlich betrachtet ihr Vermögen aufhören dieses zu seyn; denn Vermögen ohne Person ist nicht zu denken, fällt also der Berechtigte weg, so existiren die Rechte nicht mehr. Aber im Recht ist etwas anderes festgesetzt, es tritt eine successio per universitatem, ein Uebergang des Vermögens als solchen ein. Das Vermögen wird also noch nach dem Tod als fortdauernd gedacht, also auch die Persönlichkeit des Verstorbenen als juristische in seinem Vermögen. Hereditas defuncti locum sustinet.[a]) Diese Succession heißt Erbfolge, der Verstorbene Erblasser, das Vermögen Erbschaft, der Successor Erbe, heres. Der Erbe tritt in die Vermögensrechte des Erblassers ein, soweit diese nicht an die natürliche Person geknüpft sind, er wird Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner, wo der Erblasser es war. Dieß geschieht vermöge eines Rechts an dem Vermögen, als universitas; dieß Recht heißt Erbrecht, hereditas, hereditas est successio in universum ius, quod defunctus habuit.[b])

---

a) L. 34 D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)
b) L. 62 D. de R. I. (50, 17.)

Eine Succession in das Vermögen ~~als Ganzes~~ ist nicht nothwendig; der Erben können mehrere angeordnet, es kann ein Theil des Vermögens auf Vermächtnisse verwendet seyn. Ein Recht an einem Vermögen setzt ein Recht an der Person, die Subject desselben ist, voraus. Das Subject ist noch immer der Erblasser, dessen Person als juristische in dem Vermögen fortgedacht wird, die der Erbe als solcher repräsentirt, die in ihn übergeht. Wo der Erbe als Erbe betrachtet wird, ist es immer die Person des Erblassers die er repräsentirt. Daher ist das Erbrecht ein Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers.

Die Theorie des Erbrechts hat zwey Fragen zu beantworten:

1) Wie wird man Erbe? Wir können Erben werden a) mit unserm Willen. Hier ist zweierley zu unterscheiden: delata hereditas, Delation des Erbrechts, adquisita hereditas, Erwerb des Erbrechts. Der Erwerbung muß ein Umstand vorausgehen, der die Succession unmittelbar möglich macht, anbietet, deferirt. Es giebt zwey unmittelbare Delationsgründe nach Jus civile: α) der Wille des Erblassers, testamentum, testamentaria hereditas, β) ein Rechtssatz, lex oder quod legis vicem obtinet, legitima hereditas. Diese hat nur ein Intestatus, daher Intestaterbfolge.[c]) Beide setzen den Tod des Erblassers voraus. Durch die Delation entsteht nicht das Erbrecht, sondern erst die gegenwärtige Möglichkeit Erbe zu werden. Das Erbrecht entsteht erst durch die Adquisition, die hier in einem Willensact besteht. — Das Wort hereditas heißt auch Erbschaft. So hereditas iacens, vom Tod bis zum Eintritt des Erben. — b) ohne unsern Willen, ipso iure. Hier fällt Delation und Adquisition zusammen.

2) Was hat dieß für rechtliche Wirkungen? Im Allgemeinen ergeben sie sich aus der Natur des Erbrechts in der

---

c) L. 39 D. de adquir. her. (29, 2.)

Repräsentation des Erblassers. Aber es giebt auch unter Umständen noch besondere Wirkungen, Verhältniß zu Miterben, da mehrere zugleich berufen seyn können, ferner Verpflichtung durch besondere Vorschriften des Erblassers.

Mit dem Erbrecht verbindet sich noch ein anderes Rechtsinstitut. Der Erbe tritt in die Gesammtheit der Vermögensrechte ein. Dieser Gegenstand kann aber gemindert werden dadurch, daß der Erblasser Personen Theile der Erbschaft zuwendet, die sie nicht mit den Rechten der Erben haben sollen, durch Anordnung einer erbrechtlichen Singularsuccession. Diese Anordnung heißt Vermächtniß. Es kommt in zwey Formen vor: legatum und fideicommissum. Der Vermächtnißnehmer, legatarius, fideicommissarius, erhält nur einzelne Rechte, kein Recht am Vermögen; aber sein Recht hängt dadurch mit dem Erbrecht zusammen, daß es einen Erben voraussetzt.

Die Unterscheidung in Jus civile und Jus prätorium wird auch im Erbrecht wirksam, ja sie hat nirgends eine höhere Bedeutung erhalten, als hier. Ursprünglich gab es nur Ein Erbrecht, das des Jus civile, hereditas. Schon in der zweiten Periode kommt daneben ein Erbrecht des prätorischen Rechts vor, wonach der Prätor Personen als Erben behandelt, die es vielleicht nicht nach Jus civile sind. Auf diesem Wege ist eine Erweiterung des Erbrechts vorgenommen worden, die das Bedürfniß forderte, ohne das Civilrecht selbst direct umzugestalten. Nun konnte aber der Prätor nicht die Hereditas geben, wo das Jus civile sie nicht gab, praetor heredem facere non potest, so wenig wie Dominium Bd. II §. 236. Er gab den Besitz der Güter und schützte die Besitzer, wie wenn sie Erben wären. Daher heißt das prätorische Erbrecht bonorum possessio, die Erben bonorum possessores. Die Bonorum Possessio verhält sich zur Hereditas gerade so wie das in bonis esse zum Dominium. Davon galten in Beziehung auf die Erwerbung namentlich andere Grundsätze als von der Hereditas. Doch hatten schon die römischen Juristen die Bonorum Possessio zu-

weilen unter dem Namen Hereditas, in dem weiteren Sinn begriffen.[d]) Im neusten Recht hat die Bonorum Possessio allmählich an Bedeutung verloren, indem die Hereditas selbst durch die späteren Gesetze immer noch erweitert wurde. Doch ist sie immer noch geblieben selbst im neusten Recht.

Darauf beruht nun die folgende Anordnung.

Hereditas.

A. Delation der Hereditas.

a. Legitima Hereditas.[a])

CCCIV. Wenn jemand stirbt, so ist das natürliche, daß sein Vermögen auf seine Familie kommt. In diesem Anspruch auf das Vermögen liegt die vornehmste rechtliche Bedeutung des Familienbandes. Davon geht auch das römische Recht aus, aber das alte Jus civile hat nur der familia im civilrechtlichen Sinn diese Bedeutung beigelegt. Die Cognation giebt nach dem alten Civilrecht gar kein Successionsrecht, daher sind z. B. die Kinder gegenüber der Mutter als solche ohne Erbrecht, ebenso der Emancipirte gegenüber dem Vater und Geschwistern, denn er ist nicht mehr in der Familie. Gewöhnlich wurde er bey der Emancipation abgefunden, er behielt sein Peculium (§. 284). — Nicht Alle in der Familie haben natürlich zugleich ein Successionsrecht, es giebt zwey Classen: Sui und übrige Agnaten, eigentliche Agnaten, nur bey den letzteren richtet es sich nach ihrer Nähe zum Erblasser.

Die Zwölf Tafeln bestimmen über die Succession, wenn ein Bürger intestatus verstirbt: Vor allen kommen die Sui. Diese sind gleichsam von selbst Erben, wenn sie nur nicht aus-

---

d) L. 138 D. de V. S. (50, 16.)

a) Gai. III. 1—18. Ulp. XXVI. Paul. sent. IV. 8. Collatio XVI. Inst. III. 1—4. Dig. XXXVIII. 16. 17. Cod. V. 55—58. Cod. Theod. V. 1 de legitimis hereditatibus.

geschlossen sind. Das Haupt der Familie hat das Vermögen, dieß gilt nun beim Tod des bisherigen Hauptes von seinen Sui. Das Subject des Vermögens verändert sich gewissermaßen gar nicht. Daher geben ihnen die Zwölf Tafeln nicht einmal ausdrücklich das Vermögen, sondern den übrigen Agnaten in ihrer Ermangelung, nur diese sind daher eigentlichste legitimi heredes: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.[b])

Sui sind die in der Patria Potestas oder Manus des Erblassers Stehenden, welche durch seinen Tod frey werden. Also 1) leibliche Kinder unter jener Voraussetzung, männliche oder weibliche, a) ex iustis nuptiis procreati entweder vivo oder mortuo patre, b) durch causae probatio vivo oder mortuo patre, c) Legitimirte. 2) Adoptirte. 3) Die in manu befindlichen, auch des Sohns in Patria Potestas, wenn dieser vivo patre aus der väterlichen Gewalt kommt, 4) filius ex prima secundave mancipatione manumissus, vivo oder mortuo patre. 5) Der Filius der iure postliminii zurückkehrt.[c])

Mehrere Sui succediren mit einander ohne Rücksicht auf Nähe des Grads, z. B. Sohn und Enkel von einem verstorbenen oder emancipirten Sohn. Diese succediren in locum parentis. Daher schien es consequent, daß sie auch nur so viel bekämen, als dieser ihr Parens erhalten hätte. Diese Theilung in stirpes ist entgegengesetzt der Theilung in capita: so viel Köpfe, so viel Theile. Wahrscheinlich wurde sie erst nach den Zwölf Tafeln eingeführt.[d])

Diese Erben sind nur denkbar bey einem Mann, eine Frau hat keine Sui. Wenn nun kein Suus da ist, so rufen die Zwölf Tafeln den Agnatus Proximus. Die Succession geschieht dem Grad nach, mehrere gleichnahe Agnaten theilen in capita. Früher war es bestritten, ob nicht auch sie in stirpes

b) Ulpian. XXVI. 1. Collat. XVI. 4. (Ulpian.)
c) Gaius III. §. 2—6. Collatio XVI. 3. (Paulus.)
d) Gaius III. 7. 8. 15.

theilten, doch war die Kopftheilung schon lange vor Gaius entschieden. Frauenspersonen werden nicht berufen ultra consanguinitatis gradum, höchst wahrscheinlich schon nach den Zwölf Tafeln.[e]) Nach Paulus beruht dieß auf einer voconiana ratio, d. h. auf demselben Grund wie die Lex Voconia, daraus folgt nicht, daß es erst nach der Lex Voconia eingeführt wäre.[f]) Diese Beschränkung hat erst Justinian aufgehoben.[g]) Das Erbrecht wird dem deferirt, der zur Zeit, wo es entschieden ist, daß der Erblasser intestatus verstorben, der nächste ist.[h]) Fällt aber dieser nachher weg, so wird nicht dem zweitnächsten deferirt. Man drückte dieß später, als im prätorischen Recht ein anderes Princip entstanden war, so aus: in legitimis hereditatibus successio non est.[i])

Wenn kein Agnat oder der Proximus nicht Erbe wird, so bestimmen die Zwölf Tafeln: gentiles familiam habento.[k]) Auf welche Weise ist unbekannt. In den einzelnen Gentes war entweder eine besondere Successionsordnung aufgestellt, oder es wurde das Vermögen an die Geschlechtscasse eingezogen. Dieß galt nur bey den Patriciern. Schon zu Gaius Zeit war diese Classe ganz weggefallen, es gab keine Gentes mehr.[l]) Nach Jus civile war also das Vermögen erblos, wenn kein Agnat Erbe wurde.

Die Virgines Vestales erbten nicht ab intestato, wurden auch nicht ab intestato beerbt, ihr Vermögen fiel an das Aerar.[m])

---

e) Gaius III. 18—24. Ulpian. XXVI. 6.

f) Paul. sent. IV. 8 §. 22: feminae ad legitimas hereditates ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit.

g) L. 14 C. de legit. hered. (6, 58.)

h) Gaius III. 11. 13. §. 6 Inst. de leg. agn. (3, 2.)

i) Gaius III. 12. 22. 28. §. 7 Inst. eodem.

k) Collatio XVI. 4. *l*) Gaius III. 17.

m) Gell. I. 12. Labeo sagt: id quo iure fiat quaeritur.

Außerdem setzt diese Erbfolge voraus, daß der Verstorbene 1) Civis war, nur ein solcher kann Sui und Agnati haben; 2) sui iuris, eine Person, die alieni iuris ist, hat kein Vermögen. Dieß wurde später modificirt, durch die Castrensia und Adventicien. Anfangs hatte freilich die Möglichkeit eines Vermögens, z. B. der bona castrensia keinen Einfluß auf die Intestaterbfolge. Nach justinianischem Recht findet, wenn der Filiusfamilias bona castrensia vel quasi oder adventicia hinterläßt, eine Intestatsuccession Statt (§. 282).

Inwiefern das alte Intestaterbrecht durch das prätorische Recht modificirt worden ist, wird unten (§. 315) erörtert werden. Hier soll nur vom Jus civile die Rede seyn. Von der dritten Periode an wurden verschiedene Gesetze gegeben, welche die Intestaterbfolge in einzelnen Punkten abänderten.[n]) Die hauptsächlichsten sind folgende:

1) Senatusconsultum tertullianum unter Hadrian. Die Mutter erhält ein Erbrecht an dem Vermögen der Kinder, wenn sie das ius trium vel quatuor liberorum hat. Doch sollen ihr vorgehen: die Kinder der Söhne, der Vater, wenn er gesetzlicher Erbe ist, der frater consanguineus. Mit der soror consanguinea erbt sie zusammen, die übrigen Agnaten schließt sie aus.[o]) Constantin verordnete, daß die Mutter ohne das ius liberorum zu einem Drittel erben sollte,[p] Valentinian zu zwey Drittel, dagegen auch der väterliche Oheim und seine Kinder ein Drittel.[q]) Endlich nach Justinian auch ohne das ius liberorum immer das Ganze, und mit den Brüdern sollte sie ein gemeinschaftliches Erbrecht haben.[r])

---

n) Inst. III. 3 de S. C. tertulliano. 4 de senatusconsulto orphitiano. Dig. XXXVIII. 8 ad S. C. tertullianum et orphitianum. C. VI. 56 ad S. C. tertullianum. 57 ad S. C. orphitianum. 58 de legitimis heredibus. *o*) Ulpian. XXVI. 8.

p) L. 1 C. Th. de leg. hered. (5, 1) (321).

q) L. 7 C. Th. eodem (426). §. 5 Inst. de S. C. tertulliano (3, 3).

r) L. 7 C. ad S. C. tertull. (6, 56.) §. 4. 5 Inst. eodem.

2) Senatusconsultum orphitianum unter Marcus und Commodus. Die Kinder sollen ihre Mutter, wenn sie nicht in manu ist, vor allen andern beerben, also mit Ausschließung der Agnaten.[s]) Nach einem Gesetz Valentinian's II und Theodosius erhielten die Kinder auch einen Theil der Erbportion, welche die Mutter von ihren Ascendenten geerbt hätte, also ein Erbrecht am Vermögen der mütterlichen Ascendenten:[t]) gegen Kinder der mütterlichen Ascendenten zwey Drittel, gegen Agnaten drey Viertel der mütterlichen Erbportion, nach Justinian das Ganze.[u])

3) Anastasius verordnete: Capite minuirte Geschwister sollten als Agnaten erben, doch die Hälfte weniger, als die nicht Capite minuirten.[v]) Justinian machte einen Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Consanguinei, jene sollen das Muttergut voraus haben.[w]) Nachher setzte Justinian auch die Uterini und ihre Kinder unter die legitimi heredes, hob also den Unterschied zwischen Agnation und Cognation bey Geschwistern und ihren Kindern auf.[x]) Dagegen wurde der Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern erweitert, endlich jene diesen ganz vorgezogen.[y])

4) Ehegatten hatten kein Civilerbrecht, dagegen erbten sie nach prätorischem Recht (§. 315). Justinian verordnete als etwas singuläres für den armen Ehegatten, daß er ein Viertel mit jedem Erben haben solle.[z]) Diese Bestimmung wurde nachher verändert. Sie wurde beschränkt auf die arme Wittwe, diese soll ferner mit vier oder mehr Kindern nicht mehr als

---

s) Ulpian. XXVI. 7.

t) L. 8 C. Th. de leg. hered. (5, 1) L. 11 C. de suis et leg. lib. (6, 55.) *u*) Nov. 18 c. 4.

v) L. 4 C. de leg. tut. (5, 30) L. 15 §. 1 C. de leg. hered. (6, 58.)

w) L. 13 C. de legit. hered. (6, 58.)

x) L. 15 §. 2 C. eodem.

y) Nov. 84.

z) Nov. 53 c. 6.

eine Virilportion erhalten. Auch hat sie bey eigenen Kindern nur den Nießbrauch ihrer Portion.[aa])

Bisher war nur von Freigeborenen die Rede. Bey Freigelassenen modificirt sich die Erbfolge folgendergestalt.[bb]) Nach den Zwölf Tafeln kommen zuerst die sui, dann der Patronus und die Patrona, und die Kinder des Patronus. Diese sind gleichsam die Agnaten. Capitis Deminutio hebt das Verhältniß auf. Darum war eben die Arrogation eines Libertus nicht gestattet.[cc]) Bey der Liberta erbt immer der Patron, denn diese hat keine Sui, bis zum Senatusconsultum orphitianum, welches auch bey Freigelassenen Anwendung fand. Endlich beriesen die Zwölf Tafeln die Gens, zu welcher die Freigelassene gehörte (familia patroni).[dd] Auch ein patronatisches Successionsrecht in das Vermögen der Kinder des Freigelassenen wird erwähnt.[ee]) Die Nachrichten darüber sind sehr unbestimmt; Justinian verordnete: nur wenn Sohn oder Tochter der Freigelassenen gar keine Verwandte hinterlassen, solle der Patron erben, aber nur er, nicht seine Kinder.[ff]) — Das Bisherige setzt voraus, daß der Libertus Civis Romanus war. Bey Latini Juniani war das Verhältniß folgendes: vor der Lex Junia blieben diese eigentlich Sclaven. Ihr Vermögen war Peculium, das nach ihrem Tod an den Herrn fiel. Dieß Recht

---

aa) Nov. 117 c. 5.

bb) Unterholzner über das patronatische Erbrecht. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. V. 2 (1825).

cc) Ulpian. XXVII. L. 15 §. 3 D. de adopt. (1, 7.)

dd) L. 195 §. 1 D. de V. S. (50, 16): ad personas refertur familiae significatio ita cum de patrono et liberto loquitur lex: *ex ea familia* inquit *in eam familiam* et hic de singularibus personis legem loqui constat.

ee) Cic. de orat. I. 39 (§. 317 u). Collatio XVI. 8. Huschke, von der Intestatsuccession in das Vermögen eines Kindes oder fernerer Descendenten eines Freigelassenen. Studien 1830 S. 134—167.

ff) L. 4 C. de bonis lib. (6, 4.) Biener Gesch. der Novellen S. 578 ff. Savigny, in Hugo's civ. Mag. III S. 290.

sollte durch die Lex Junia nicht geschmälert werden, sie leben wie Freie, und sterben wie Sclaven. Das Vermögen zieht also immer der Patron und seine Erben ein (nicht seine Kinder als solche). Nach einem Senatusconsultum largianum sollen die nicht namentlich enterbten Kinder des Patrons den Extranei Heredes vorgehen in den bonis latinorum, vorausgesetzt also, daß Extranei Heredes vorhanden sind. Manche Juristen glaubten darum, es sey ein gleiches Erbrecht wie bey Cives eingeführt.[gg]) — Bey Dediticii bestimmt sich das Recht des Patrons darnach, ob sie ohne das vitium Cives oder Latini geworden wären. Dort galten dieselben Grundsätze wie bey Cives Romani Liberti, soweit sie anwendbar waren (sie hatten keine Sui). Hier wie bey Latini Juniani. So wurde es von den Juristen festgesetzt, die Lex Aelia Sentia hatte sich darüber nicht ausgesprochen.[hh]) Auch bey der Succession der Freigelassenen war das prätorische Recht wirksam (§. 315).

Justinian berief vier Classen in das Vermögen des Freigelassenen: 1) Descendenten jedes Grads und Geschlechts ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, jedoch nur leibliche. Auch in der Sclaverey erzeugte (wenn sie nachher frey wurden), also mit Berücksichtigung der servilis cognatio.[ii]) 2) Patronus und Patrona, 3) deren Kinder ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, nach der Nähe des Grads, 4) Seitenverwandte des Patrons bis zum fünften Grad.[kk])

Durch assignatio liberti[ll]) kann der Patron einem seiner Kinder und dessen Descendenten die Beerbung der Freigelassenen ausschließlich zuwenden. Die übrigen erben dann erst,

---

gg) Gaius III. 55—71. *hh*) Gaius III. 74—76.

ii) §. 10 Inst. de gradibus (3, 6). Bey Haloander: de servili cognatione (3, 7).

kk) §. 3 Inst. de succ. libertorum (3, 7). L. 4 (restituta) C. de bonis lib. (6, 4.)

ll) L. 107 D. de V. S. (50, 16): adsignare libertum hoc est testificari cuius ex liberis libertum esse voluit.

wenn jener ohne Descendenten stirbt.[mm]) Nach einem Senatusconsultum unter Claudius war diese Assignatio ohne alle Form möglich (nicht bloß im Testament).[nn])

Nach Analogie des Patrons hat auch der Manumissor aus dem Mancipium ein Erbrecht,[oo]) namentlich der Parens Manumissor an dem Vermögen des emancipirten Kindes.[pp])

CCCV. Das Intestaterbrecht auf der Grundlage der Zwölf Tafeln mit den spätern Modificationen galt bis auf Justinian. Noch in den Gesetzbüchern Justinian's, den Institutionen, Digesten, Codex finden wir das vorhin dargestellte Recht. Noch immer ist das alte Princip, das Uebergewicht der Agnation, nicht aufgehoben, wenn auch in vielen Punkten durch Civilvorschriften und prätorisches Edict modificirt. Durch diese Modificationen namentlich Justinian's und seiner Vorgänger war das Intestaterbrecht ein sehr verwickeltes, aus verschiedenen Rücksichten zusammengesetztes geworden. Diesem Uebelstand konnte nur dadurch abgeholfen werden, daß man das alte Princip ganz aufhob. Dieß geschah durch Justinian in der Novelle 118 vom Jahr 543, wozu ein Nachtrag in der Novelle 127 vom Jahr 547 gegeben wurde.

Zur Grundlage wurde die natürliche Verwandtschaft gemacht, und bloß diese, nur mit Ausnahme der Adoptivverwandtschaft, in welcher noch die Agnation wirksam ist. Auch findet kein Unterschied der Geschlechter mehr Statt, wodurch nun die Intestaterbfolge sehr einfach geworden ist. Diese richtet sich nach der Innigkeit des Verwandtschaftsbandes, welche

---

mm) pr. Inst. de adsignat. lib. (3, 8.)

nn) L. 1 pr. D. de adsignand. lib. (38, 4.)

oo) Collatio XVI. 9. §. 3. 4 Inst. de bon. poss. (3, 9.)

pp) (Der Parens wird ausgeschlossen durch die Sui und Emancipati des Emancipatus, seit Valentinian II auch durch die Kinder der emancipirten Töchter L. 3 C. Th. de leg. hered. [5, 1], nach Justinian auch durch die Geschwister des Emancipatus L. 7 §. 1 C. ad S. C. tert. [6, 56] L. 13 C. de leg. hered. [6, 58.] R.)

abhängt theils 1) von der Art der Verwandtschaft. Hier giebt es drey natürliche Ordnungen: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte. Von den letzteren sind auszuzeichnen die Geschwister und hier wieder ein natürlicher Unterschied zu machen zwischen vollbürtigen und halbbürtigen. Dieser Richtung wird daher ein Intestaterbrecht folgen müssen, welches die natürliche Verwandtschaft zum Princip erhebt. Theils 2) von der Nähe oder Entferntheit der Verwandtschaft, die innerhalb jener Ordnung möglich ist. Diese wirkt aber nicht bey den Descendenten.

Justinian hat nun folgende Ordnung festgesetzt. Vier Classen der Intestatsuccession wegen Verwandtschaft.

1) Die Descendenten des Erblassers, ohne Unterschied der väterlichen Gewalt ꝛc., doch auch die adoptirten bey denen väterliche Gewalt der einzige Grund der Verwandtschaft ist, aber nur die, zwischen denen und dem Erblasser kein erbberechtigter Lebender in der Mitte steht. Sonst erben sie ohne Gradunterschied, die entfernteren rücken in die Stelle ihrer Parentes. Dieß hat auch auf die Theilung Einfluß, sie geschieht in stirpes.

2) Die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister, und die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister (successio in locum und zugleich loco parentis). Ascendenten erben für sich in lineas, d. h. das Vermögen geht in zwey Hälften nach der väterlichen und mütterlichen Seite, mit Collateralen in capita. Bey vollbürtigen Geschwistern geschieht die Theilung ebenfalls in capita, concurriren sie aber mit Geschwisterkindern, so tritt die Theilung in stirpes ein.

3) Halbgeschwister und Söhne und Töchter verstorbener, gleichviel ob Consanguinei oder Uterini. Die Theilung geschieht wie in der zweiten Classe.

4) Alle übrigen Seitenverwandten nach der Nähe der Grade. Unter dieser Voraussetzung auch die entferntesten. Mehrere erben in capita.

Keine Classe kommt zur Delation, solange noch Personen der vorhergehenden vorhanden sind, denen deferirt werden kann. Die Delation wird wiederholt, wenn die frühere unwirksam geblieben ist. Die wiederholte Delation geschieht 1) an die Personen ersten Grads in derselben Classe, da wo die Nähe des Grads entscheidet, successio graduum, 2) an die folgende Classe, successio ordinum.[a])

b. Testamentaria Hereditas.

CCCVI. Der Erblasser kann sich selbst einen oder mehrere Erben ernennen und dadurch die gesetzliche Erbfolge ausschließen. Dieß kann aber 1) nur durch eine letztwillige Disposition geschehen, d. h. eine solche, die veränderlich ist und nur als letzter Wille gilt, nicht durch eine unveränderliche Bestimmung, nicht also durch Vertrag. Es giebt verschiedene letztwillige Dispositionen, z. B. Bestellung eines Tutor, Vermächtniß. Eine solche ist nun auch die Ernennung eines Erben, Erbeinsetzung. 2) Das Rechtsgeschäft worin es geschieht muß ein Testament seyn. Es giebt noch andere Rechtsgeschäfte in welchen letztwillige Dispositionen gemacht werden können, z. B. Codicille, aber eine Erbeinsetzung kann in ihnen nicht angeordnet werden. Ein Testament kann auch andere letztwillige Dispositionen enthalten, aber der wesentliche Inhalt ist die Erbeinsetzung. Testament ist das einseitige Rechtsgeschäft, wodurch ein Erbe ernannt wird.[a])

---

a) Man hat die justinianische Intestaterbfolge in folgende Gedächtnißverse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(Zwischen 3 und 4: Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Iuncti ascendentes fratrum proles quoque sola.)

a) Gai. II. 101—108. Ulpian. XX. Paul. sent. III. 4 a. Inst. II. 10

Für Testamente sind zu allen Zeiten besondere Solennitäten gefordert worden, um Ungewißheit und Verfälschung zu verhüten, die hier besonders möglich ist.[b])

In der ältesten Zeit gab es zwey Testamentsformen. Gemeinschaftlich war ihnen, daß beide vor dem Volk geschahen, welches gewissermaßen den Willen des Testators zum Gesetz machte. 1) Testamentum calatis comitiis conditum. Dieß war eine Erklärung des Willens in der Volksversammlung, die zu diesem Zweck gehalten wurde, bey Patriciern in Curiatcomitien, bey Plebejern wahrscheinlich in Centuriatcomitien. Zweimal jährlich wurden Comitien zu diesem Zweck berufen. Die Erbeinsetzung in einem solchen Testament enthielt wahrscheinlich stets eine Adoption, war also im Grunde keine Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge. 2) Testamentum in procinctu, dieß wurde ursprünglich in Comitien errichtet, die nicht calata, nicht zu diesem Zweck berufen waren, namentlich im gerüsteten Heer, welches nach der Verfassung des Servius

---

de testamentis ordinandis. Dig. XXVIII. 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. VI. 23 de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. Ulpian. XI. 14: uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto. Cic. de inv. II. c. 50 (Rhetor. ad Herennium I. 13): paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit ita ius esto. Familia ist das quiritische Recht, daher das Vermögen ex iure quiritium, also außer den Obligationen. So in der familiae herciscundae actio. Der Zusatz pecuniaque zieht auch die Obligationen herein. Wahrscheinlich wurde ursprünglich kein Uebergang der Obligationen angenommen, die Mancipatio und In Jure Cessio bezog sich bloß auf die Familia, nicht auf die pecunia. Im alten Recht, in welchem durch minima capitis deminutio die Schulden untergiengen, mußte auch der Tod diese Wirkung haben, wenn nicht ein gesetzlicher Erbe succedirte oder der Erblasser calatis comitiis einen Erben ernannte, weil hierin eine Adoption enthalten war. In den Zwölf Tafeln stand wahrscheinlich ein besonderer Satz über den Uebergang der Forderungen und Schulden, da er ohnehin in dem familiam habere nicht schon enthalten war.

b) Gaius II. 100—108. Ulpian. XX. Inst. II. 10 de testamentis ordinandis.

auch die Form der Comitien hatte, nachher im Krieg vor der Schlacht.[c])

Später wurde die Mancipationsform für letztwillige Dispositionen gebraucht, testamentum per aes et libram. Die Mancipation des Vermögens geschah an einen Freund zur Vertheilung nach dem Tode. Der familiae emtor war loco heredis, es fand also keine Erbeinsetzung Statt. Dieses änderte sich aber und es entstand ein vollständiges Testament mit Erbeinsetzung, der familiae emtor war nur der Formalität wegen da, ohne weiteren Beruf.[d])

Jene ältesten Testamente giengen unter, verdrängt durch das Mancipationstestament. Zur Zeit der römischen Juristen war die Form folgende.

Gegenwärtig müssen seyn der Testator, der Familiae Emtor, ein Libripens, fünf Zeugen (also sieben Personen außer dem Testator). Die Zeugen dürfen nicht unmündig, stumm, taub, wahnsinnig, nicht Frauen seyn, ferner nicht durch bestehende Patria Potestas mit dem Testator und Familiae Emtor verbunden, Libripens und Zeugen unter sich können es seyn. Nach diesem ältesten Recht kann der Erbe selbst Zeuge seyn.[e]) Die Zeugen müssen Cives Romani seyn oder auch Latini, weil mit diesen Testamentifactio bestand, auch Latini Juniani können zeugen. Die Zeugen müssen zu diesem Act rogirt werden.[f])

---

c) Gaius II. 101. Cic. de nat. deor. II. 3 (9): negligentia nobilitatis augurii disciplina omissa veritas auspiciorum spreta est, species tantum retenta. itaque—bella—nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, ex quo in procinctu testamenta perierunt. Sabidius XII. salior. in Virgilii interpretes ad Aen. X. 242 ed. Mai. (1818.) viros voca proelium ineant. deinde exercitu in aciem educto, iterum (*auspicaba*)tur. interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant. Ueber die Auspizien und virorum vocatio vgl. Varro de lingua lat. VIII. 86—95. (Müll.)

d) Gaius II. 102—104.

e) Ulpian. XX. 3—6. Gaius II. 105—108.

f) L. 20 §. 2 D. qui test. (28, 1.)

Die Handlung darf nicht unterbrochen seyn, dieß Erforderniß heißt unitas actus. Sie hat zwey Bestandtheile: 1) mancipatio familiae, wie gewöhnlich, nur mit einer besondern Formel, die das Verhältniß des Familiae Emtor ausspricht. Der Familiae Emtor sagt: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela custodelaque meam (*ex iure quiritium esse aio*, *eaque*) quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi emta.[g]) 2) nuncupatio et testatio. Der Testator nimmt die Tabulae und erklärt den Inhalt vor den Zeugen als sein Testament: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote. Auch mündlich konnte das Testament errichtet werden, dann mußten aber die Verfügungen vor den Zeugen selbst erklärt werden. Bey schriftlichen wurde das Testament von den Zeugen versiegelt und jedem Siegel

---

g) Gaius II. 104. Puchta verisimilium cap. VI. p. 11. (Nach Lachmann's Restitution enthält die Formel wieder bloß die Causa: familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam [Note a], hoc aere aeneaque libra esto mihi emta. Diese Restitution wird unterstützt durch den Widerspruch, welchen die Behauptung: familia pecuniaque *tua* und ex iure quiritium *meam* esse aio in sich tragen würde; unmöglich kann der Käufer die Familia in einem Athem als die des Verkäufers anerkennen und sie doch für sich vindiciren; überall, wo die Mancipation eine derartige Behauptung enthält, beginnt sie mit den Worten *hunc* ego hominem Gai. I. 119 *hanc* ego rem Gai. IV. 167; selbst der Eigenthümer aus Fiducia würde dem Fiducianten nicht von vorn herein das Eigenthum zugestehen können L. 66 D. de R. V. [6, 1.] Eine Vindication der Mandatela und Custodia ist undenkbar, weil das Amt der Vertheilung und Bewachung des Vermögens nicht mit in rem actiones verfolgbar ist. Eine Vindication der Tutel und Cura Furiosi von Seiten des Pflegbefohlenen, an welche Huschke Studien S. 248 denkt, ist vollends bedenklich. Es bleibt nur die Annahme übrig, daß der familiae pecuniaeque emtor, da er nicht Erbe und Eigenthümer wurde, auch keine Vindication hatte und daher den darauf bezüglichen Theil der Mancipatio wegließ. R.)

der Name beigeschrieben, diese Beischrift heißt adnotatio oder superscriptio. [h])

Von diesen Formalitäten wurde schon in der dritten Periode eine Ausnahme gemacht zu Gunsten der Soldaten, denen libera testamentifactio gegeben wurde ohne alle Solennitäten. [i])

Der Prätor forderte nicht die volle Testamentsform. Zwar war zur Verleihung der Bonorum Possessio ein Testament mit sieben Zeugen nothwendig, aber die Mancipatio und Nuncupatio fiel weg, das Testament brauchte nur schriftlich und septem testium signis signatum zu seyn. [k])

In der vierten Periode ließ die Scrupulosität bey Beobachtung der Mancipations- und Nuncupationssolennitäten nach. Schon am Anfang wird gesagt: man solle nicht die Wortformeln für das wesentliche ansehen. [l])

Zur Zeit Theodosius II errichtete man das testamentum per aes et libram bloß mündlich, die Nuncupatio umfaßte den ganzen Inhalt. Die alte Form wurde verstümmelt, keine Mancipation mehr angewendet, daher hatte man auch weder Familiae Emtor noch Libripens mehr, bloß fünf Zeugen. Per nuncupationem heißt nun so viel als mündlich testiren. Aber Theodosius II verordnete, es solle eine Schrift des Beweises wegen aufgesetzt werden, außerdem waren sieben Zeugen erforderlich. Das schriftliche Testament war das prätorische, nur wurde dabey auch eine subscriptio testium, inwendig, gefordert, ohne daß übrigens die Zeugen den Inhalt des Testaments zu kennen

---

h) L. 20 §. 4 L. 30 D. qui test. (28, 1.) Vgl. die Marinischen Urkunden bey Spangenberg tabb. neg. (1822) p. 128 sq.

i) Gaius II. 109—111. Ulpian. XXIII. 10. Inst. II. 11 de militari testamento. Dig. XXIX. 1 de testamento militis.

k) Gai. II. 119. 147. L. 1 §. 10. 11 D. de b. p. s. t. (37, 11.) Nach Cic. in Verr. I. 15 lautete das Edict: si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

l) L. 15 C. de testam. (6, 23) (Constantin. 339).

brauchen.[m]) Valentinian III verordnete, daß bey einem testamentum holographum im Fall der Noth gar keine Zeugen nöthig seyn sollten. Diese Verordnung galt aber nur für den Occident, nicht für den Orient.[n])

Daneben waren s. g. öffentliche Testamente entstanden, unter Mitwirkung obrigkeitlicher Personen, welche die übrigen Solennitäten ersetzt.[o]) So wurde das Testament zu Protokoll gegeben vor dem Richter und der Curie, apud acta conditum, oder dem Kaiser durch Supplik überreicht.[p])

Im justinianischen Recht gab es also 1) öffentliche Testamente, 2) Privattestamente. Diese waren entweder solenne Testamente, die regelmäßige Testamentsform, zu denen sieben Zeugen, worunter auch nicht der Erbe, noch einer der durch väterliche Gewalt mit diesem oder dem Erblasser verbunden war, seyn durfte, und unitas actus erforderlich war. Die Erklärung des Willens konnte geschehen, a) schriftlich, durch Schrift oder Unterschrift des Testators, oder eines octavus

---

m) Nov. Theod. 23 (439) = L. 21 C. de testam. (6, 23) non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. §. 3 Inst. de testam. ord. (2, 10.) (Die Subscriptio ist übrigens schon ältere Sitte. Vgl. das Testament des Gregor von Nazianz aus der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts [Brisson. de form. VIII. 169] und L. 3 §. 1. 2 C. Th. de testam. [4, 4.] Ein Senatusconsult unter Nero verordnete: ut in summa marginis ad mediam partem perforatae [tabulae] triplici lino constringantur: atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut *exteriori scripturae* [d. h. dem regelmäßig üblichen äußern Duplicatoriginal] *fidem interior servet*. Paul. sent. V. 25. 6. Dadurch entstand der Zweifel, ob die längst übliche innere Siegelung und Namensbeischrift nicht auch formell erforderlich sei. Dieser Zweifel wurde in jenen Constitutionen bejahend entschieden. Huschke, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 201—207. R.)

n) Nov. Valent. 64 (446) §. 1: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.

o) Nov. Val. 63 §. 2: cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat *municipalibus gestis* iudicia suprema componere. Savigny Geschichte des röm. Rechts. I. 108.

p) L. 19 C. de testam. (6, 23.)

subscriptor. Die Zeugen unterschreiben inwendig, versiegeln und überschreiben; b) mündlich, durch vollständige Erklärung auf eine für alle Zeugen verständliche Art. — Eine zweite Gattung der Privattestamente sind die privilegirten Testamente, bey welchen Ausnahmen von jenen Solennitäten stattfanden, indem theils welche weggelassen, theils zugesetzt wurden.

CCCVII. Testamentifactio, Fähigkeit des testamentarischen Erbrechts,[a]) enthält 1) Fähigkeit zu testiren, 2) zu zeugen, 3) in einem Testament bedacht zu werden als heres oder legatarius (das erste ist die active, das zweite die passive Testamentifactio). Nicht jeder, welcher Testamentifactio in diesem Sinn, wo ein Theil der civilrechtlichen Rechtsfähigkeit damit bezeichnet wird, hat, kann testiren, zeugen oder bedacht werden, er kann aus andern Gründen ausgeschlossen seyn. So namentlich in Bezug auf die Fähigkeit zu testiren. Also giebt es eine Testamentifactio: 1) im eigentlichen Sinn, in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit, 2) im weitern Sinn, in Beziehung auch auf andere Hindernisse des Testirens, Fähigkeit ein Testament zu machen überhaupt. In diesem Sinn hat sie nur der Testator, der ein Testament machen kann. — Unfähig sind:

A) wegen Mangels der eigentlichen Testamentifactio: 1) Sclaven, doch können servi publici populi Romani über die Hälfte ihres Erwerbs testiren,[b]) 2) Peregrinen,[c]) 3) denen durch Ehrenminderung dieß Recht entzogen ist, intestabiles.[d])

B) aus andern Gründen: 1) Latini Juniani, ex lege iunia, aus dem oben §. 304 vorgekommenen Grund;[e]) 2) alieno

---

a) Gaius II. 114. Inst. II. 12 quibus non est permissum facere testamentum. Dig. XXVIII. 1 qui testamenta facere possint cet. Cod. VI. 22 qui testamenta facere possint vel non.

b) Ulpian. XX. 16.

c) L. 8 §. 1. 2 D. qui test. fac. (28, 1.)

d) L. 18 §. 1 D. eodem.

e) Gaius I. 23.

iuri subiecti, da sie kein Vermögen haben. Aber auch im spätern Recht ist diese Beschränkung geblieben. Ausnahmen bey bona castrensia vel quasi s. oben §. 282. 3) Frauenspersonen, die noch in ihrer angestammten Familie sind, quae se capite nunquam deminuerunt. Andere bedürfen der auctoritas tutoris; Hadrian hat dieß auch bey jenen zugelassen.[f]) In der vierten Periode hat diese Beschränkung aufgehört; 4) Impuberes, wegen des mangelnden festen Judiciums. Ausgenommen ist die Virgo Vestalis;[g]) 5) Wahnsinnige; 6) Prodigi, wie Wahnsinnige; 7) Stumme, Taube, wegen der alten Form.[h]) Wahrscheinlich gab aber der Prätor aus einem schriftlichen Testament bonorum possessio secundum tabulas.[i]) Justinian gab ihnen die Fähigkeit schlechthin, die Fähigkeit den Willen mündlich oder schriftlich zu erklären ist hinreichend. Nur Taubstumme von Geburt sind ausgeschlossen.[k])

CCCVIII. Der Testator muß Erben ernennen,[a]) einen oder mehrere, eine Universalsuccession anordnen, außerdem ist kein Testament vorhanden. Hätte er nur zu einem Theil einen Erben ernannt, so müßte entweder die Erbeinsetzung ungültig seyn, oder die Beschränkung wegfallen. Das Letztere wird angenommen. Denn der Erblasser kann nur entweder testatus oder intestatus seyn, beides schließt sich aus und ein drittes giebt es nicht. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Eine Ausnahme findet Statt bey Soldaten, daher ius nostrum non patitur, eundem in *paganis* et testato

---

f) Gai. II. 115 a. Cic. top. 4: si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari.

g) Gell. I. 12. *h*) Ulpian. XX. 13.

i) Gaius II. 147.

k) L. 10 C. qui testam. (6, 22.)

a) Gai. II. 116. 117. 186—190. Ulpian. XXI. Paul. sent. III. 46 Inst. II. 14 de heredibus instituendis. Dig. XXVIII. 5. Cod. VI. 24 de heredibus instituendis (et quae personae heredes institui non possunt).

et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est. [b])

Nach altem Recht mußten solenne Worte gebraucht werden. Ursprünglich heres esto, nachher auch heredem esse iubeo. Eine andere Formel (z. B. esse volo, instituo, facio) gilt nicht. Manche Juristen scheinen schon am Ende der dritten Periode weniger subtil gewesen zu seyn. Am Anfang der vierten Periode setzten Constantin's Söhne fest: die Worte sind gleichgültig, daher auch in anderer Sprache testirt werden kann. [c]) Der Name des Erben ist nicht wesentlich, wenn nur die Person gewiß ist. [d])

Die Erbeinsetzung kann unter einer Bedingung geschehen, aber nicht unter einer Resolutivbedingung, auch nicht ad diem, noch ex die. [e]) Unmögliche Bedingungen galten pro non scriptis, nach der Meinung der Sabinianer, die Justinian recipirt hat; die Proculianer waren dagegen. [f]) Ebenso behandelt wurden conditiones turpes, dann solche, die contra leges, oder gegen Vorschriften ꝛc. waren die legis vicem haben. [g]) Dahin gehört die Bedingung nicht zu heirathen, welche gegen

---

b) L. 7 D. de R. I. (50, 17.) (Neuster Erklärungsversuch: Huschke im Rhein. Mus. VI. 8. 1833. N.) Man hat behauptet jene Regel sey noch zu Cicero's Zeit controvers gewesen, laut de invent. II. 21, aber mit Unrecht.

c) L. 15. 21 §. 4 C. de testam. (6, 23.)

d) L. 9 §. 8 D. de hered. inst. (28, 5.) Daher auch die Gültigkeit des sogenannten testamentum mysticum: L. 77 D. eodem: quem heredem codicillis fecero, heres esto.

e) L. 34 D. de hered. inst. (28, 5): hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. §. 9 Inst. de hered. inst. (2, 14.) Daher auch die Unmöglichkeit der Ademtion L. 13 §. 1 D. de lib. et post. (28, 2): regula est iuris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse.

f) Gaius III. 98. §. 10 Inst. de hered. inst. (2, 14.) L. 3 D. de cond. (35, 1): obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. Bd. II §. 204. Savigny System III §. 124.

g) L. 14 D. de cond. inst. (28, 7.)

die Lex Julia und Papia Poppäa ist.[h]) Auch die Bedingung des Wittwenstandes wird ex lege iulia erlassen, wenn die Wittwe schwört, sie heirathe um Kinder zu erhalten. Nach Justinian ohne weiteres,[i]) aber nach einem spätern Gesetz ist die Bedingung des Wittwenstandes gültig.[k]) — Ungültig dagegen sind captatoriae institutiones, Abhängigmachung von einer künftigen Erbeinsetzung durch den Bedachten.[l])

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung gehört die Fähigkeit der Eingesetzten. Unfähig sind: 1) peregrini,[m]) 2) eigene Sclaven ohne Freiheit (selbst wenn sie nachher frey werden);[n]) nach Justinian soll die Freiheit stillschweigend verstanden werden;[o]) 3) intestabiles,[p]) nicht aber latini iuniani (welche bloß incapaces sind),[q]) 4) Frauenspersonen nach der Lex Voconia vom Jahr 585 de mulierum hereditatibus, um den Luxus der Frauen zu beschränken.[r]) Wer in der ersten Classe censirt ist, kann keine Frauensperson zum Erben einsetzen[s]) (legiren kann er ihr, aber

---

h) L. 72 §. 5 L. 63 §. 1 L. 64 §. 1 L. 79 §. 4 D. de cond. (35, 1.)

i) L. 2. 3 C. de indicta vid. (6, 40.) Vat. fragm. §. 58.

k) Nov. 22 c. 43. 44.

l) L. 71. 72 D. de hered. inst. (28, 5.)

m) L. 6 §. 2 D. de hered. inst. (28, 5.)

n) Gaius II. 185—190.

o) L. 5. 6 C. de necess. serv. (6, 27) pr. Inst. de hered. inst. (2, 14.)

p) arg. L. 18 §. 1 L. 26 qui test. (28, 1.)

q) Gaius II. 110.

r) Savigny über die Lex Voconia. Abh. der Berliner Academie 1820. Hasse zur Lex Voconia Rhein. Mus. III. 183—215. Bachofen, die Lex Voconia. 1843. (Dazu Rudorff, Jahrb. für wissenschaftliche Kritik 1844. Num. 58. R.)

s) Cic. in Verr. I. 42: voconia lex — sanxit — qui post eos censores census esset nequis heredem virginem neve mulierem faceret. Gai. II. 274: mulier — ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem voconiam heres institui non potest. Gell. VII. 13: in M. Catonis oratione, qua voconiam legem suasit, quaeri solet, quid sit *classicus*, quid infra classem? — *classici* dicebantur primae tantum classis homines, qui centum et viginti quinque milia aeris ampliusve censi erant.

nicht über die Hälfte des Vermögens).[t]) Eine Ausnahme findet Statt bey der Virgo Vestalis, welche in ihrem Testament auch Frauenspersonen einsetzen durfte.[u]) Im neusten Recht ist dieß weggefallen. — 5) Incerta corpora d. h. juristische Personen. Als Grund wird angegeben, sie könnten das Erbrecht nicht erwerben. Daher mußte ihnen durch besondere Rechtsvorschriften Befugniß ertheilt werden, durch Repräsentanten zu erwerben. Dieß ist nun schon in der dritten Periode in Beziehung auf einige geschehen, Municipien können von ihren Freigelassenen, gewisse Götter können allgemein zu Erben eingesetzt werden, durch Senatsschlüsse wurde bestimmt, daß den öffentlichen Communen und einigen andern Corporationen legirt werden könne. Im justinianischen Recht waren fähig: die Kirche, piae causae, öffentliche Communen; andere nur, wenn sie das Recht durch besondere Concession erhalten haben.[v]) — 6) Ueberhaupt incertae personae, z. B. wer zuerst zu meiner Leiche kommt, wer zuerst nach meinem Tod Consul seyn wird. Indessen gab es schon eine mildere Meinung: sub certa demonstratione, z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, sey die Einsetzung möglich.[w]) Justinian hat diese Beschränkung ganz aufgehoben.[x]) Es

---

t) Quintil. declam. 264: fraus legis voconiae ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum legare. (Daher die partitio: Cic. pro Cluent. c. 7 pro Caecina c. 7. Orelli Inscr. n. 4859 fin. Apulei. metam. IX. 210 cum uxore mea partiario tractabo, nec erciscundae familiae sed communi dividundo formula dimicabo und die Accrescenz §. 309 d. R.)

u) Cic. de re publ. III. 10: cur virgini vestali sit heres, non sit matri suae? (Die Einsetzung ist der Ersatz für die verlorene Intestaterbfolge der Familie §. 302 l. R.) Sonst giebt es keine Ausnahme, es ist unrichtig, wenn man eine Ausnahme für Töchter und Schwestern behauptet hat, bloß wegen Paul. II. 8. 22, der von der Beschränkung der gesetzlichen Erbfolge voconiana ratione spricht.

v) Gaius II. 195. Ulpian. XXII. 6. XXIV. 28. L. 20 D. de reb. dub. (34, 5) L. 1 C. de ss. eccl. (1, 2) L. 49 C. de ep. et cler. (1, 3) L. 8. 12 C. de hered. inst. (6, 24.)

w) Gaius II. 238. *x*) §. 27 Inst. de legatis (2, 20).

kommt also nur darauf an, daß die Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann und übergeht. — 7) Posthumi, noch ungeborne, werden ebenfalls als incertae personae angesehen.[y]) Ausgenommen sind die posthumi sui, d. i. diejenigen, welche jetzt noch nicht sui des Testators sind, aber es werden können 1) weil sie noch nicht geboren sind a) zur Zeit des Todes des Testators, b) zur Zeit des Testaments; 2) wegen eines andern Umstandes a) durch Wegfallen eines Vorgängers, b) durch causae probatio, c) durch postliminium, oder manumissio ex mancipio, d) durch Adoption und in manum conventio. Das Interesse der Einsetzungsmöglichkeit besteht in der Verhütung der Ruption des Testaments. Schon das alte Jus civile (ius antiquum) gestattete es bey den nach dem Tod des Testators Geborenen. Dann die Lex Junia Velleja bey denen, welche bey Lebzeiten desselben, nach dem Testament geboren oder durch Wegfall eines Vorgängers Sui geworden waren. Noch in andern Fällen, die nicht wörtlich im Gesetz enthalten sind, wurde es ex sententia legis angenommen.[z]) Posthumi alieni konnten nicht eingesetzt werden.[aa]) Erst Justinian gestattete dieß, wie überhaupt die Einsetzung einer persona incerta, wenn sie nur nachher gewiß wird.[bb]) — Von der Unfähigkeit eingesetzt zu werden ist unterschieden die Unfähigkeit das Hinterlassene zu erwerben, Incapacität. Incapax kann jemand seyn, dessen Einsetzung vollkommen gültig ist, so z. B. ein Cölebs nach der Lex Julia und Papia. Solche Fälle giebt es noch im neusten Recht, z. B. können die Concubine und ihre Kinder zusammen beim Vorhandenseyn ehlicher Nachkommen nur ein Zwölftel,[cc]) ein zweiter Ehegatte nicht mehr als ein Kind erster Ehe erhalten.[dd])

---

y) Gaius II. 242.

z) Ulpian. XXII. 19. L. 29 D. de lib. et posth. (28, 2.)

aa) Gaius II. 241. 242. pr. Inst. de bon. poss. (3, 1.)

bb) §. 27. 28 Inst. de legat. (2,20.) *cc*) Nov. 89 c. 12 §. 2.

dd) L. 6 C. de sec. nupt. (5, 9.) Nov. 22 c. 27. 28.

CCCIX. Es sind mehrere Grade bey der Erbeinsetzung möglich, so daß der folgende die Erbschaft erhalten soll, wenn der vorausgehende wegfällt. Dieß heißt substitutio,[a]) Ernennung eines Erben unter der Bedingung, daß ein Anderer vorher ernannter nicht Erbe werden würde, z. B. Titius heres esto (institutus) si Titius heres non erit, Mevius heres esto (substitutus) si Mevius heres non erit, Sempronius et Gaius heredes sunto (substitutus substituti). Diese Substitution kann in jedem Testament vorkommen, vulgaris substitutio. Sowie der Institut Erbe wird erlischt die Substitution. Im entgegengesetzten Fall wird der Substitut Erbe, wie wenn er unbedingt instituirt wäre.[b])

Bey unmündigen Kindern, die Sui des Testators sind, ist der Substitution noch eine besondere Wirkung gegeben worden. Sie ist auch für den Fall möglich, daß jenes eingesetzte Kind Erbe wird, aber in der Unmündigkeit verstirbt, und mit der Wirkung, daß der Substitut das ganze Vermögen erhält. Dieß heißt substitutio pupillaris.[c]) Sie wird aufgefaßt als Testament des Vaters für das Kind, der Vater kann dem Pupillen einen Erben ernennen für den Fall, daß er in der Unmündigkeit versterben würde.[d]) Daher setzt sie ein gültiges väterliches Testament voraus, dessen sequela die Pupillarsubstitution ist. Sie kann entweder im väterlichen Testament geschehen (gewöhnlich besonders verschlossen), oder in einem besondern, nachfolgenden. Es ist dieß also Ein Testament über zwey hereditates.

---

a) Gai. II. 174—184. Inst. II. 15. 16. Dig. XXVIII. 6 de vulgari et pupillari substitutione. Cod. VI. 26 de impuberum et aliis substitutionibus.

b) Gaius II. 174—178. Inst. II. 15 de vulgari substitutione.

c) Gaius II. 179—182. Inst. II. 16 de pupillari substitutione.

d) Manche halten die Pupillarsubstitution ursprünglich für eine Vulgarsubstitution; vgl. Vangerow Leitfaden §. 452. Dagegen ist aber, daß erst Marc Aurel die Pupillarsubstitution in der Vulgarsubstitution begriffen seyn läßt.

Bey einem Pupillen können Vulgar- und Pupillarsubstitution verbunden seyn, duplex substitutio, z. B. filius heres mihi esto, si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres esto. Ja es soll sogar stillschweigend in der Pupillarsubstitution auch die Vulgarsubstitution begriffen werden. Nach einer Constitution Marc Aurel's auch umgekehrt, also ist jeder Substitut eines Pupillen im Zweifel[e]) in utrumque casum (in primum et secundum) substituirt.[f]) Zur Zeit der freien Republik war beides noch zweifelhaft.[g])

Es kann dem Erben auch ein Fideicommissar substituirt werden, für den Fall, daß er Erbe wird d. h. unter einer Bedingung festgesetzt werden, die Erbschaft als Fideicommiß herauszugeben, substitutio fideicommissaria s. precaria.[h])

Wenn jemand Kinder hat, die aus andern Gründen nicht testiren können, z. B. taube, stumme, wahnsinnige, so kann er ihnen nach Analogie der Pupillarsubstitution einen Erben ernennen, für den Fall des Versterbens in diesem Zustand, vermöge besonderer Concession des Regenten. Justinian hat es den Ascendenten von Wahnsinnigen allgemein gestattet, substitutio quasi pupillaris, jedoch mit gewissen Einschränkungen.[i])

CCCX. Es giebt Personen, welche der Testator nicht durch bloßes Uebergehen derselben bey der Erbeinsetzung, praeteritio, von seiner Erbschaft ausschließen kann, die in diesem Fall, obwohl nicht eingesetzt, doch erben, ja das Testament ungültig machen.[a]) Sollen diese Personen wirklich ausge-

---

e) L. 4 C. de impub. et al. subst. (6, 26.)

f) L. 4 pr. §. 1 D. de vulg. et pup. (28, 6.)

g) Cic. de orat. I. 39.

h) Gaius II. 183. 184. §. 9 Inst. de pup. subst. (2, 16.)

i) L. 42 pr. D. de vulg. (28, 6.) L. 9 C. de impub. subst. (6, 26.) §. 1 Inst. de pup. subst. (2, 16.) Puchta Pandekten §. 479.

a) Gaius II. 123—137. Inst. II. 13 de exheredatione liberorum. Dig. XXVIII. 2 de liberis et posthumis heredibus instituendis vel ex-

schlossen werden, so muß dieß ausdrücklich geschehen, durch die Erklärung, daß sie nicht Erben seyn sollen: exheres esto, exheredes sunto. Diese ausdrückliche Ausschließung von der Erbfolge heißt Enterbung, exheredatio. Die Enterbung ist nicht bedingt möglich, ausgenommen wenn Einsetzung unter einer Bedingung vorausgegangen und auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist. Diese Enterbung ist bey der bedingten Einsetzung immer nöthig, wenn nicht die Bedingung rein potestativ ist.[b])

Nach Jus civile ist dieß der Fall bey den Sui, nach jener alten Rechtsansicht, daß sie von selbst Erben, wenn sie nur nicht ausgeschlossen sind,[c]) von sui liberi sowohl als den posthumi. Bey Filii muß die Exheredation nominatim geschehen, d. h. speciell auf die bestimmte Person gerichtet seyn, obwohl nicht gerade mit Nennung des Namens.[d]) Bey andern (Töchter, Enkel) ist es genug, wenn der Testator am Ende der Erbeinsetzung die Worte hinzugesetzt hat: ceteri exheredes sunto; exheredatio inter ceteros.[e]) Nur bey Posthumi dieser Art ist es nothwendig, daß ihnen etwas vermacht, ihrer also sonst im Testament irgendwie gedacht wird, damit man wisse, daß der Testator an sie gedacht, sie also wirklich unter den ceteri begriffen habe.[f]) Justinian hat die exheredatio nominatim facta bey allen Sui gefordert.[g]) — Der Prätor vermehrte jene Personen (§. 319). — Justinian endlich dehnte die

---

heredandis. Cod. VI. 28 de liberis praeteritis vel exheredatis. 29 de posthumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel praeteritis.

b) L. 4—6 §. 1 L. 86 D. de hered. inst. (28, 5.) L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25.)

c) L. 11 D. de lib. et posth. (28, 2.)

d) Cic. de or. I. 38. Gaius II. 123. 127. Ulpian. XXII. 16. pr. Inst. de exhered. (2, 13.)

e) Ulpian. XXII. 20.

f) Ulpian. XXII. 21. 22.

g) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28.) §. 5 Inst. de exhered. (2, 13.)

Nothwendigkeit der Nichtpräterition zuletzt auf alle successionsberechtigte Descendenten (Sui oder nicht) und Ascendenten aus, und forderte Anführung einer gesetzlichen Ursache, indem er vierzehn Ursachen, aus denen Descendenten, acht, aus denen Ascendenten enterbt werden können, festsetzte.[h])

Nach einem edictum D. Augusti konnte ein filius miles gar nicht exheredirt werden. Diese Bestimmung wurde nachher wieder aufgehoben.[i])

CCCXI. Die Ungültigkeit eines Testaments[a]) kann Nullität seyn, wenn das Testament ipso iure durch einen gewissen Umstand, wegen eines gewissen Mangels, als nicht vorhanden zu betrachten ist, nullum testamentum, wie wenn gar nichts geschehen wäre; oder Rescissibilität, wenn der Mangel jemand das Recht giebt, auf Rescission des Testaments anzutragen, so daß ipso iure das Testament besteht, aber durch den Gebrauch des rescissorischen Rechtsmittels ungültig wird.

Ein Testament kann ferner von Anfang an nichtig seyn, testamentum iniustum, non iure factum, aber auch nachher nichtig werden, durch einen vernichtenden Umstand, der erst nachher eintritt, ruptum, irritum, destitutum.

Ein Testament kann ungültig seyn oder werden:

1) wegen Unfähigkeit des Testators. Der Testator muß nicht bloß zur Zeit der Errichtung fähig seyn, sondern es auch bleiben bis zum Tod, sonst ist das Testament irritum. Dieß gilt aber nicht bey factischer Unfähigkeit, z. B. Wahnsinn, sondern nur im Fall einer capitis deminutio,[b]) nicht durch Kriegsgefangenschaft des Testators, denn entweder kehrt er

---

h) Nov. 115 (542).

i) L. 26 D. de lib. et posth. (28, 2.)

a) Gai. II. 138—151. Ulpian. XXIII. Inst. II. 17 quibus modis testamenta infirmantur. Dig. XXVIII. 3 de iniusto, rupto, irrito facto testamento.

b) Ulpian. XXIII. 4.

postliminio zurück, dann ist alles restaurirt, oder er stirbt darin, dann wird nach der Lex Cornelia fingirt, daß er im Augenblick der Gefangennehmung gestorben sey.[c])

2) wegen eines Mangels in der Form (§. 306), die genau zu beobachten ist, sonst ist nullum testamentum.

3) wegen eines Mangels in der Erbeinsetzung. Ein Hauptgrund ist die Präterition eines Suus, präterirt ist dieser, wenn er weder gehörig eingesetzt noch gehörig enterbt ist. Nichtigkeit indessen tritt nach altem Recht hier nur ein, wenn ein Sohn präterirt ist, wenn Töchter oder Enkel übergangen sind, so accresciren sie den eingesetzten Erben in partem, bey eingesetzten Sui in partem virilem, bey andern in dimidiam partem.[d]) Stirbt der Sohn auch vor dem Testator, so ist und bleibt doch das Testament ungültig nach der Meinung der Sabinianer, nach der Meinung der Proculianer soll sich die Ungültigkeit erst beim Tod des Testators entscheiden, wenn da der Präterirte noch lebt.[e]) Jenen Unterschied hat Justinian aufgehoben, nach ihm ist das Testament stets ungültig.[f])

Die Nichtigkeit tritt dann auch ein, wenn nachher ein präterirter Suus entsteht, durch agnatio posthumi, das Testament ist dann ruptum. Jeder präterirte Posthumus vernichtet das Testament. Dieß kann durch Einsetzung oder Enterbung abgewendet werden; aber nicht bey allen. Bey dem nach dem Testament Adoptirten, oder der Frau die in die Manus gekommen, oder dem filius ex prima secundaque mancipatione manumissus ist keine Exheredation möglich, da sie Extranei sind, und die Institution hilft nicht, da sie nicht als Sui instituirt sind.[g])

---

c) Ulpian. XXIII. 5. §. 5 Inst. quib. non est perm. (2, 12.)

d) Gai. II. 124. Ulpian. XXII. 17.

e) Gai. II. 123. 124. Man konnte sagen vor dem Tod existirt das Testament nicht, es kann also auch nicht nichtig seyn, überhaupt es kann die Existenzfrage für die Zeit vor dem Tod gar nicht statthaft seyn.

f) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28.)

g) Gaius II. 138 – 142.

Später wurde bey der Institution eine Ausnahme gemacht.[h]) Ebenso ist die Institution und Enterbung ohne Nutzen bey der causae probatio (erroris causa). Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn sie nach dem Tod des Testators erfolgt, nach einem Senatusconsult unter Hadrian.[i])

Nach dem neusten Recht der Novelle 115 macht die Präterition das Testament nicht mehr nullum, sondern die Präterirten haben gegen das Testament die hereditatis petitio rescissoria, wodurch sie die eingesetzten Erben verdrängen, jedoch nur gegen die Erbeinsetzung, nicht den übrigen Inhalt des Testaments.

4) wegen Erfolglosigkeit der Erbeinsetzung. Wenn niemand aus dem Testament Erbe wird, so ist das Testament irritum oder destitutum, mögen die eingesetzten nicht wollen oder nicht können.[k]) Die eingesetzten Erben müssen fähig seyn zur Zeit der Einsetzung und dann zur Zeit der Delation (Tod oder Existenz der Bedingung), von da ununterbrochen bis zum Erwerb.[l])

5) durch Widerruf. Hier ist das Testament ruptum. Der Widerruf geschieht durch ein späteres Testament, das iure factum ist, wenn es nachher auch wieder ungültig wird.[m]) Sodann durch Vernichtung der Urkunde in dieser Absicht,[n]) durch bloßen natürlichen Widerruf wird die Erbeinsetzung nicht aufgehoben.[o]) Doch hat er diese Wirkung nach justinianischem

---

h) L. 18 D. de iniusto test. (28, 3) L. 23 §. 1 D. de lib. et posth. (28, 2.)

i) Gaius II. 142. 143.

k) Gaius II. 144.

l) §. 4 Inst. de hered. qual. (2, 19.) L. 49 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5.)

m) Gai. II. 144. Ulpian. XXIII. 2. §. 2 Inst. quib. mod. test. (2, 17.)

n) L. 20 D. de iniusto (28, 3) L. 1 §. 8 D. si tabb. test. nullae (38, 6.)

o) L. 15 §. 1 D. de lib. et posth. (28, 2) L. 17 §. 2 D. de test. mil. (29, 1.)

Recht, wenn er apud acta oder vor drey Zeugen erklärt ist und überdieß zehn Jahre abgelaufen sind.[p])

In allen diesen Fällen der Nichtigkeit des Testaments ist es mit seinem ganzen Inhalt nichtig. Auch die Verfügungen, die nicht nothwendig ein Testament voraussetzen, wie Fideicommisse, wenn sie nicht auch dem Erben aus einem frühern Testament oder den Intestaterben auferlegt sind.

Der Testator kann vorsorglich den ganzen Inhalt seines Testaments eventuell für fideicommissarisch erklären, für den Fall, daß es nicht als Testament gelten sollte, wenn wenigstens die Erfordernisse von Fideicommissen vorhanden sind, d. h. sein Testament solle eventuell als Codicill gelten (Codicillarclausel).[q])

6) Ein wichtiger Grund der Ungültigkeit, aber nur der Rescissibilität, ist noch die Inofficiosität des Testaments.[r]) Ein Testament ist inofficiosum, wenn der Testator einer Person nichts oder zu wenig hinterlassen hat, deren Ausschließung überhaupt oder unter diesen Umständen als Verletzung der Pietät erscheint. Das Testament muß formell gültig seyn, dann erst kann dieser materielle Mangel zur Sprache kommen, z. B. wenn der Testator ein Kind präterirt hat, so ist das Testament nicht inofficiosum, sondern erst wenn er es in gehöriger Form enterbt hat. Das Jus civile giebt den so ausgeschlossenen Personen das Recht, das Testament deshalb innerhalb fünf Jahren[s]) mit der querela inofficiosi testamenti unter dem Vorwande anzufechten, daß der Erblasser in blinder

---

p) L. 27 D. de testam. (6,23.) Vgl. L. 6 C. Th. de testam. (4, 4.)

q) Siehe unten §. 320 hh.

r) Paul. sent. IV. 5. Inst. II. 18. Dig. V. 2. Cod. III. 28 (Cod. Th. II. 19) de inofficioso testamento.

s) Nach ältestem Recht vielleicht in zwey Jahren. Gothofr. ad L. 5 C. Th. de inoff. test. (2, 19.) Plin. V. 1: scis te non subscripsisse mecum (centumvirale iudicium) et iam biennium transisse omniaque me usu cepisse.

Leidenschaft gehandelt habe (quasi non sanae mentis fuisset, color insaniae),[t]) früher war das Centumviralgericht insonderheit die competente Behörde. Das Gericht untersucht, ob der Testator wirklich unter den vorhandenen Umständen pflichtwidrig gehandelt habe. Der Kläger muß sein gutes Verhalten nachweisen, es steht ihm die exceptio ingratitudinis entgegen.[u]) Ferner kann von Einfluß seyn, wer dem Kläger vorgezogen ist. Daß Kinder und Eltern das Recht der Querel haben, war nie bezweifelt, Ulpian sagt, wer nicht zu den Geschwistern gehöre, solle nicht glauben, daß er damit durchdringe,[v]) Diocletian und Maximian rescribiren dieß als einen bestimmten Rechtssatz.[w]) Constantin verordnete, daß von den Seitenverwandten nur die agnatischen Geschwister die Querel haben sollten, und nur turpi persona praelata.[x]) Justinian hat diese Bestimmung in seinen Codex aufgenommen, nur germani und consanguinei sollen das Recht haben, ohne Rücksicht aber auf die Agnation.[y]) Wie viel jemand hinterlassen seyn müsse, war ursprünglich auch dem Ermessen des Richters überlassen. Die römischen Juristen wandten die Analogie der Falcidia an, ein Viertel der Intestaterbportion, daher legitima portio (Pflichttheil).[z]) Justinian verordnete in der Novelle 18 c. 1, daß, wenn die Intestaterbschaft in nicht mehr als vier Theile gehen würde, ein Drittel, wenn in mehr, die Hälfte hinterlassen werden müsse.

---

t) L. 2. 5 D. de inoff. test. (5, 2.)

u) L. 19. 23 C. de inoff. test. (3, 28.)

v) L. 1 D. de inoff. test. (5, 2.) Val. Max. VII. 8, 4.

w) L. 21 C. eodem (3, 28).

x) L. 1 C. Th. de inoff. test. (2, 19.)

y) L. 27 C. eodem (3, 28).

z) L. 8 §. 8 D. de inoff. test. (5, 2.) Vgl. Plin. V. 1: si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid, si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si, exheredatus a matre, quartam partem ab heredibus eius accipias.

Die Klage geht auf Rescission des ganzen Testaments mit seinem ganzen Inhalt und es tritt Intestaterbfolge ein.[aa]) Diese Wirkung kann theilweise eintreten, wenn die Klage nur gegen einen von mehreren Erben geht, hier wird das Testament pro parte rescindirt, der Erblasser bleibt pro parte testatus.[bb]) Eine nothwendige Modification des Grundsatzes, daß nicht Erben verschiedener Art neben einander bestehen können.[cc]) Nach justinianischem Recht soll, wenn nur zu wenig hinterlassen ist, das Fehlende ergänzt werden, wie wenn es der Testator anbefohlen hätte, actio ad supplementum legitimae.[dd]) Nach der Novelle 115 hat die Querel nur die Rescission der Erbeinsetzung zur Folge. Ferner bey Eltern und Kindern muß der eingesetzte Erbe die Enterbungsursache beweisen. Die Bestimmung, daß gewissen Personen etwas hinterlassen werden muß, könnte der Erblasser durch Schenkung inter vivos umgehen, wodurch er den Pflichttheil verkürzt. Auch dagegen wird geholfen durch die querela inofficiosae donationis oder dotis.[ee])

Das Verhältniß der Grundsätze über die Inofficiosität zu den obigen über die Präterition ist dieses. Durch die Grundsätze von der Präterition und der Querel giebt es eine Erbfolge gegen den Willen des Erblassers, als einen dritten Fall zu der ohne und der mit seinem Willen. Diese Erbfolge heißt Notherbfolge, die Personen, die eine solche haben können,

---

aa) L. 8 §. 16 L. 13 D. eodem.

bb) L. 19. 24 D. eodem.

cc) L. 15 §. 2 D. eodem (Papinian.): nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

dd) L. 30. 35 §. 2 C. eodem. Vgl. schon Paul. sent. IV. 5 §. 7: filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querelam impleatur, iure desiderat.

ee) C. Theod. II. 20. Cod. III. 29 de inofficiosis donationibus. Cod. Theod. II. 21. Cod. III. 30 de inofficiosis dotibus. Vat. fragm. §. 270. 271. 280. 282. 293.

Notherben. Die Notherbfolge kann eintreten 1) wegen Präterition, nach altem Civilrecht nur bey Sui, nach neustem Recht bey Descendenten und Ascendenten, 2) wegen Ausschließung der Pflichttheilsberechtigten vom Pflichttheil mit der querela inofficiosi testamenti. Die Personen sind theils dieselben, theils andere: Geschwister.

Dort ist es ein Mangel der Form, hier ein materieller Mangel, der die Notherbfolge hervorbringt. Dort das nicht gedenken, hier das nicht bedenken.

B. Erwerbung des Erbrechts.[a])

CCCXII. Es giebt Erben, welche ipso iure Erben werden, sobald die Delation an sie erfolgt ist, ohne ihren Willen, ja wider ihren Willen, bey denen also Delation und Adquisition zusammenfallen, und welche daher necessarii heredes genannt werden.[b]) Solche sind: 1) Sclaven des Erblassers, die er mit der Freiheit eingesetzt hat, ebenso die in seinem Mancipium, die er mit Freiheit eingesetzt hat, necessarii schlechtweg, 2) Sui des Erblassers, sie mögen ab intestato oder ex testamento berufen seyn, sui et necessarii.

Jene Nothwendigkeit kann diesen Personen gefährlich werden, bey Ueberschuldung der Erbschaft. Der Prätor hat ihnen deshalb gestattet, die Erbschaft abzulehnen: abstinere se a hereditate, beneficium abstinendi. Hier sind sie nach Jus civile Erben, aber sie werden in den Folgen so beurtheilt, wie wenn sie die Erbschaft ausgeschlagen hätten. Dieß fällt weg,

---

a) Gai. II. 152—173. Inst. II 19 de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2 de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30 de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate.

b) Gai. II. 152—160 pr. §. 2 Inst. de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2 de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30 de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 31 de repudianda vel abstinenda hereditate.

wenn sie eine Handlung vorgenommen haben, die auch einen voluntarius zum Erben gemacht hätte, d. h. wenn sie sich eingemischt haben, immiscere se hereditati. Dieß dürfen sie weder vorher noch nachher, sonst verlieren sie das Beneficium, sie müssen sich wirklich von der Erbschaft und allen Sachen enthalten. Nur den Impuberes schadet die Immixtion nicht.[c]) Das Beneficium steht aber nur den sui et necessarii und den in mancipio befindlichen zu, nicht den Sclaven.[d]) Diese werden auf andere Weise gesichert, sie haften den Gläubigern nur soweit die Erbschaft reicht.[e]) Namentlich bey Insolventen war die Einsetzung von Sclaven gewöhnlich, um dem Schimpf der proscriptio et venditio bonorum zu entgehen.[f])

Alle andern (extranei) heredes sind voluntarii d. h. sie werden nur durch ihren Willen Erben. Hier ist also Delation und Adquisition getrennt, jene ist ein vom Willen des Erben unabhängiger Umstand, diese ein Willensakt, aditio hereditatis. Worin besteht dieser?[g])

An sich kann der Wille des Erben auf jede Weise erklärt und dadurch das Erbrecht erworben werden. So durch Vornahme von Handlungen als Erbe, pro herede gestio.[h]) Aber

---

c) L. 57 pr. §. 1 D. de adqu. hered. (29,2.)

d) Gaius II. 160. L. 57 §. 2 D. eodem.

e) Gaius IV. 155. L. 1 §. 18 D. de separat. bon. (42, 6.)

f) Gaius II. 154. (Die Lex Aelia Sentia gestattete hier die Freilassung und Einsetzung selbst in fraudem creditorum L. 2 C. de necessariis heredibus instituendis [6, 27] Bd. II §. 213 ii. R.)

g) Gaius II. 164—178. §. 3—7 Inst. de hered. qual. (2, 19.)

h) L. 20 pr. D. de adqu. hered. (29, 2): Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. (Daß durch diese thatsächliche Erklärung gerade die durch Mancipationstestamente defe-

auch nuda voluntate, durch bloße wörtliche Erklärung. Die ausdrückliche Erklärung wird insonderheit aditio genannt, geschehe sie mit Cretion oder ohne diese Form. Umgekehrt verliert man das Erbrecht durch ausdrückliche Erklärung, repudiatio hereditatis.[i]) Auch diese setzt voraus, daß die Delation erfolgt ist, vor der Delation ist weder Erwerbung noch Ausschlagen möglich.[k])

Der Erbe ist hier an keine Zeit gebunden. Aber die Gläubiger können den Prätor angehen, der dem Erben eine Frist setzt (gewöhnlich 100 Tage), innerhalb deren er sich die Antretung oder Ausschlagung überlegen kann; nach Ablauf der Frist ohne Erklärung werden dann die Gläubiger in die Güter immittirt, um sie zu verkaufen.[l]) Dasselbe Recht hat auch der Substitut. Diese Frist heißt spatium deliberandi. Aber auch ohne von andern Personen gedrängt zu seyn, kann der Erbe sich ein solches erbitten.[m])

Der Testator kann selbst eine Anordnung über Form und Zeit der Antretung treffen, indem er den Erben cum cretione instituirt. Darin liegt die Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der eingesetzte Erbe sich förmlich erklären muß, ob er

---

rirten Erbschaften erworben wären [Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts II 27] ist eine Folgerung aus der Kaufformel des familiae emtor, die mit deren Berichtigung §. 306 g von selbst wegfällt. R.)

i) Cod. VI. 31 de repudianda vel abstinenda hereditate.

k) L. 17 §. 1 D. de adqu. hered. (29, 2): Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem, sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse, si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

l) Gaius II. 167.

m) L. 1 §. 1 D. de iure debil. (28, 8): Ait praetor: *si tempus ad deliberandum petet(ur) ego dabo*. Cum dicit *tempus* nec adiicit diem, sine dubio ostendit, esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat.

die Erbschaft will. Sowohl die Ueberlegungsfrist als die förmliche Erklärung heißt cretio. Die Anordnung der erstern cretionem dare, die Abgabe der letztern cernere hereditatem.[n]) Die Formel der Erklärung ist folgende: quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque, sie muß vor Zeugen geschehen.[o])

Die Frist kann so bestimmt seyn, daß nur die Tage, wo die Cretion möglich ist, gezählt werden sollen, wie bey dem utile tempus, und daß selbst die Zeit der Nichtkenntniß von der Zuständigkeit der Cretio nicht eingerechnet wird: Heres Titius esto, cernitoque in C diebus proximis, quibus scies poterisque. Dieß heißt cretio vulgaris.[p]) Fehlen die letzten Worte, so ist die Cretion continua oder certorum dierum, vom Tod des Erblassers an, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit. Cernirt der Erbe innerhalb der Frist, so hat er das Recht erworben. Cernirt er nicht, so ist es verloren, aber auch nur durch Ablauf der Frist, omittere hereditatem, nicht durch Repudiation. — Diese Wirkung aber tritt nur ein, wenn hinzugefügt ist: Quodni ita creveris exheres esto; eine solche Cretion heißt cretio perfecta. Fehlt die Exheredation, so ist die Cretio imperfecta, ohne Wirkung. Doch ist noch ein besonderer Fall möglich: es kann gesagt seyn: si non creveris,

---

n) Varro de ling. lat. VII. 97 (Müller): crevi valet constitui, itaque heres, quom constituit se heredem esse, dicitur cernere et quom id fecit, crevisse.

o) Varro de lingua lat. VI. 81 (Müller): et quod in testamento, *cernito* id est, facito videant te esse heredem: itaque in cretione adhibere iubent testes. Cic. ad Att. XIII. 46: cognovi cretionem Cluvii — liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus — tabellarius — attulit — exemplum testamenti. (Diese Zeugen sind Beweiszeugen, nicht Volkszeugen, wie Danz, Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts II 26 willkürlich annimmt. R.)

p) Gaius II. 171. 172. Ulpian. XXII. 31. 32. Cic. de or. I. 22: ut in cretionibus scribi solet, quibus sciam poteroque. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 314.

Mevius heres esto. Hier hat die Cretion die Wirkung, daß, wenn der Erbe sich nicht erklärt, der Substitut Erbe wird. Aber er braucht nicht zu cerniren, er kann auch sonst seinen Willen erklären; früher wurde hier der Substitut als Miterbe zugelassen, nach einer Constitution Marc Aurel's aber wurde der Substitut ganz ausgeschlossen, wie durch Cretion.[q])

Eine Constitution von Honorius und Arcadius v. J. 407 hebt die cretionum scrupulosa solennitas auf.[r]) Der Testator kann noch einen Termin setzen, innerhalb dessen sich der Erbe erklären muß, aber ohne Förmlichkeit.

CCCXIII. Die Erwerbung setzt die Delation voraus. Nur der Delat kann erwerben.[a]) Wenn ein Sclave eingesetzt ist, so muß er selbst antreten, auf Befehl des Herrn.[b]) Wei=

---

q) Ulpian. XXII. 34. Gaius trägt hier noch das ältere Recht vor, daraus ergiebt sich, daß dieser Abschnitt der Institutionen unter Marc Aurel geschrieben ist.

r) L. 17 C. de iure delib. (6, 30): cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus. (Diesen Sinn hat die Stelle jedoch erst in ihrer jetzigen Umgebung. In ihrem ursprünglichen Zusammenhange bezieht sie sich bloß auf die mütterliche oder andere Erbschaften eines Hauskindes, bei deren Erwerb es mit den Formen der Antretung nicht so genau wie früher genommen werden sollte, wie schon Constantin L. 1 §. 1 C. Th. de mat. bon. et cretione subl. [8, 18] und in noch größerer Ausdehnung später Theodos und Valentinian L. 1 C. Th. de cretione vel bonorum possessione [4, 1] für den Fall der Infantia des Haussohns verordneten. Daß die Antretung eines Haussohns nur durch cretio hätte geschehen können, wie Huschke Studien 2c. S. 255 glaubt und zu erklären sucht, ist ganz falsch: L. 8 §. 1 C. Th. de mat. bonis et cretione sublata [8, 18]: filius edicti beneficium petat [Erwerb der Bonorum Possessio] vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem [formloser Erwerb der Hereditas], cretionum autem scrupulosam sollennitatem, sive materna filiofamilias sive alia quaedam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus. R.)

a) L. 151 D. de V. S. (50, 16): delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

b) Gai. II. 188—199. Ulpian. XXII. 11—13.

gert er sich, so ist kein Erwerb der Erbschaft möglich.[c]) Ebenso bey einem Filiusfamilias, wenn der Vater durch ihn erwirbt.[d]) Das neuere Recht hat diese Bestimmungen modificirt: a) bey einem infans kann der Vater für ihn erwerben. Will nachher das Kind die Erbschaft nicht, so ist der Vater allein Erbe. b) Ein infantia maior erwirbt selbst mit Zustimmung des Vaters. Will er nicht, so erwirbt der Vater allein, will dieser nicht, der Sohn allein, nöthigenfalls mit einem Tutor.[e]) Auch durch einen Procurator, Curator, Tutor kann eine Erbschaft nicht erworben werden.[f]) Der Pupill erwirbt selbst unter Auctoritas des Tutors, nur später wurde eine Ausnahme gemacht bey einem infans, für den der Tutor erwirbt.[g])

Ausnahmsweise kann die Delation auf einen Andern übergehen, der dann statt des eigentlichen Delaten erwirbt und Erbe wird, wie wenn ihm deferirt worden wäre (s. g. Transmissionsfälle). Dieß kann geschehen:

1) durch Beerbung des Delaten, der vor der Erwerbung gestorben ist. Dieß war nur in gewissen beschränkten Fällen möglich. So wenn der Erbe während der Deliberationsfrist oder überhaupt während eines Jahres von der Zeit der Kenntniß der Delation ohne Erklärung gestorben ist.[h]) Ferner wenn er durch das S. C. silanianum gehindert war. Dieß trat ein beim gewaltsamen Tod des Erblassers, wo nicht vor der peinlichen Frage der Sclaven angetreten werden durfte.[i]) So gab es noch einige Fälle.[k])

---

c) L. 65 pr. ad S. C. trebell. (35, 1): in bonorum possessione vel in adeunda hereditate consensus eius (servi) necessarius est.

d) L. 6 pr. §. 1 L. 8 §. 1 D. de adqu. hered. (29, 2.)

e) L. 8 pr. §. 1. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61) L. 18 pr. §. 1. 4 C. de iure delib. (6, 30.)

f) L. 90 pr. D. de adqu. hered. (29, 2) L. 53. 54 pr. D. de adqu. rer. dom. (41, 1.) *g*) L. 18 pr. §. 2 C. de iure del. (6, 30.)

h) L. 19 C. de iure delib. (6, 30) L. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51.)

i) L. 3 §. 30 L. 4 D. de S. C. silan. (29, 5.)

k) Puchta Pandekten, §. 504.

2) durch die väterliche Gewalt. Hier auch wenn der Delat ausschlägt (Note e §. 312 Note r).

3) durch Veräußerung der Delation, in iure cessio hereditatis. Zwey Fälle sind zu unterscheiden. Es kann eine schon erworbene Erbschaft verkauft oder sonst veräußert werden, auch durch in iure cessio. Dadurch hört der Erbe nicht auf dieß zu seyn, der Empfänger wird nicht Erbe. Durch den Kauf erhält er nur den Anspruch, daß der Erbe ihm alle Bestandtheile übertrage, das Eigenthum der Sachen, Cession der Forderungen, dagegen verpflichtet er sich die Passiva zu tragen, stipulationes emtae et venditae hereditatis.[l]) Geschieht die Veräußerung durch In Jure Cessio, so hat diese die Wirkung, daß das Eigenthum der Sachen zusammen übergeht, ohne Nothwendigkeit der Uebertragung der einzelnen. Die Forderungen aber gehen unter: debitores hereditatis lucrum faciunt.

Anders ist es bey der In Jure Cessio eines erst deferirten, noch nicht erworbenen Erbrechts. Der Empfänger erhält dadurch die Fähigkeit anzutreten, und wird somit selbst und vollständig, pleno iure Erbe, wie wenn ihm deferirt worden wäre. Diese In Jure Cessio kann aber nur ein Legitimus Heres vornehmen: ein testamentarischer würde den Willen des Testators ändern.[m]) Ein necessarius kann es natürlich nicht mit dieser

l) (Stipulation des Erbschaftskäufers [emtae hereditatis]: *quanta pecunia ex hereditate Titii ad te* [*heredemve tuum pervenit*] *pervenerit*, *dolove malo tuo* [*heredisve tui*] *factum est eritve*, *quo minus perveniat*, [tantam pecuniam mihi restitutum actionesque hereditarias praestitum iri spondes?] Gai. II. 252. L. 3 §. 2 - 8 D. de hered. vend. [18, 4] L. 95 D. de leg. III [32] L. 50 D. de V. O. [45, 1] L. 97 D. de V. S. [50, 16.] Stipulation des Verkäufers: Gai. II. 252: ut, quicquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset [L. 2 §. 9. 10 D. de hered. vend. 18, 4] eo nomine indemnis esset et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur. R.)

m) (v. Scheurl Beitr. 1852 S. 96 wendet ein dieser Grund beweise zu Viel, weil auch das Gesetz nicht geändert werden dürfe und sucht die

Wirkung. Aber nicht wenigstens mit jener ersteren? Nach der Meinung der Proculianer kann er es, nach der der Sabinianer nicht, seine In Jure Cessio hat also gar keine Wirkung.[n])

Der Erwerber muß erbfähig seyn (§. 308). Manchen erbfähigen Personen ist aber die Erwerbung durch besondere Gesetze ganz oder theilweise unmöglich gemacht, sie sind unfähig zum capere. Unter den Incapacitäten sind die wichtigsten die durch die Lex Julia (757) und Papia Poppäa (762) eingeführten.[o])

Ehelose, coelibes, und Kinderlose, orbi, sind dadurch beschränkt in Beziehung auf Testamente, Erbeinsetzung und Vermächtniß von Personen, die nicht wenigstens im sechsten Grad mit ihnen verwandt sind.[p])

1) Ein Cölebs erwirbt nach der Lex Julia das ihm in einem solchen Testament Hinterlassene gar nicht, nisi intra centum dies legi paruerit, wenn er nicht innerhalb 100 Tagen (cretio vulgaris) heirathet.[q]) Ausgenommen sind die des Alters wegen keine Ehe schließen können,[r]) Spa=

Beschränkung auf die legitima hereditas daraus zu erklären, daß bei dieser nicht, wie bei der testamentarischen eine Erneuerung der Delation eintrete (in legitimis hereditatibus successio non est). Dieser Grund aber würde von andern Einwendungen (das. S. 322) abgesehen, auch den Verkauf treffen und läßt die formale Natur der In jure Cessio, welche als Scheinvindication wohl auf einen Familienstatus, nicht aber auf eine testamentarische Berufung paßt, zu sehr außer Acht. — Im Justinianischen Recht wird dieselbe noch in L. 4 §. 28 D. de doli exc. [44, 4] L. 1 C. de revoc. his [7, 75] erwähnt. R.)

n) Gaius II. 35—37. III. 85—87. Ulpian. XIX. 13—15. Huschke Studien S. 233—242.

o) Ulpian. XIV. XVI—XVIII.

p) Sozomenus hist. eccl. I. 9: τοὺς μὴ γένει ἐγγυτάτῳ προσήκοντας. Vgl. Ulpian. XVI. 1. Vat. fragm. §. 216—219.

q) Gaius II. 111. 144. 286. Ulpian. XVII. 1. XXII. 3. Fragm. de iure fisci §. 3: si post diem centesimum patres caducum vindicent.

r) Ulpian. XVI. 1: si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sunt, qua lex liberos exigit: id est, si vir minor annorum viginti quinque sit aut uxor annorum viginti minor. Tertullian. apol. 4:

bonen,[s]) Verlobte innerhalb zwey Jahren (vorausgesetzt daß die Braut nicht unter zehn Jahren ist).[t]) Ferner eine Frau nach dem Tod des Mannes ein Jahr, nach der Scheidung ein halbes Jahr (nach der Lex Papia dort zwey, hier anderthalb Jahre,[u]) Vestalische Jungfrauen. Temporär ausgenommen sind Männer über sechzig, Frauen über funfzig Jahre. Ein Senatusconsultum persicianum unter Tiberius bestimmte jedoch 787: die Personen die bis zu diesem Alter gewartet hätten, sollten immer als Cölibes betrachtet werden. Ein Senatusconsultum claudianum macht davon eine Ausnahme zu Gunsten des sechzigjährigen Mannes, der eine noch nicht funfzigjährige geheirathet hat. Nicht umgekehrt: Senatusconsultum calvisianum unter Nero.[v])

2) Ein Orbus, d. h. wer verheirathet ist aber keine Kinder hat, erhält nach der Lex Papia nur die Hälfte des Hinterlassenen.[w]) Ebenso wird betrachtet wer keine lebenden Kinder hat.[x]) Der Mann braucht nur Ein Kind zu haben, um pater zu seyn und der poena orbitatis zu entgehen,[y]) dieß kann sogar ein Adoptivkind seyn. Ein Senatusconsultum memmianum unter Nero begegnete dem Mißbrauch damit, indem man häufig adoptirte und nach erlangtem Vortheil emancipirte.[z]) Eine

---

nonne vanissimas papias leges, quae ante liberos suscipi cogunt, quam iuliae matrimonium contrahi, post tantae auctoritatis senectutem heri Severus, constantissimus principum, exclusit. Sozom. hist. eccl. I. 9: ἀπὸ εἴκοσι καὶ πέντε ἐτῶν.

s) L. 128 D. de V. S. (50, 16.) Martial. epigr. V. 42.

t) Sueton. Octav. c. 34. Dio Cass. LIV. 16. L. 17 D. de sponsal. (23, 1.)

u) Ulpian. XIV.

v) Ulpian. XVI. 1. 3. 4. Sueton. Claud. c. 23. Plin. ep. VIII. 18. L. 27 C. de nupt. (5, 4.)

w) Gai. II. 111. 286. Sozomenus I. 9: τοὺς δὲ ἄπαιδας ζημιῶν τὸ ἥμισυ τῶν καταλελειμένων.

x) Ulpian. XVI. 1.

y) Iuvenal. IX. 83. 86—88.

z) Tac. annal. XV. 19.

Frau muß drey, eine Libertina vier Kinder haben, um nicht orba zu seyn.[aa]) Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Frau noch nicht 20 oder über 50, der Mann noch nicht 25 Jahre oder über 60 alt ist. Ferner wenn der Mann reipublicae causa abwesend ist.[bb])

Das Verhältniß der Orbität zum Cölibat stellt sich also so. Einer der das Jus Liberorum hat, ist überhaupt befreit. Wer nicht coelebs ist kann noch orbus, wer nicht orbus ist noch coelebs seyn.

3) Eheleute ohne Kinder sind gegen einander noch mehr beschränkt als gegen andere, sie können nach der Lex Papia von einander nur ein Zehntel des Zugedachten erwerben. Kinder aus früherer Ehe legen je ein Zehntel zu, ebenso verstorbene aus dieser Ehe. Daher das Kapitel de decimis. Außerdem können sie ein Drittel des Vermögens zum Nießbrauch erwerben. Sind sie bis zum sechsten Grad verwandt, so erhalten sie das Ganze, wenn sie Ein Kind haben, oder ein mündiges oder zwey wenigstens dreijährige verloren, — wo also sich ergiebt, daß sie nicht absichtlich kinderlos geblieben sind.[cc])

4) Für einen solitarius pater war etwas besonderes bestimmt.[dd]) Wahrscheinlich ist darunter ein Cölebs gemeint, der nicht Orbus ist, der also nicht ganz den Cölibes gleichgestellt war, sondern vielmehr dem Orbus, der nicht Cölebs war, also halbe Capacitas hatte.[ee])

---

aa) L. 135. 137 D. de V. S. (50, 16.) Savigny System II. 6—10.

bb) Ulpian. XVI. 1.

cc) Ulpian. XV. XVI. Quint. VIII. 5 decimas uxoribus dari, quartas meretricibus. Vat. fragm. §. 264 fini decimarum.

dd) Ulpian. XIII. de coelibe, orbo et solitario patre.

ee) (Gewöhnlich versteht man unter solitarius pater den verheiratheten Vater Eines Kindes. Dieser aber heißt pater, hat solidi capacitas und würde daher nicht mit dem Cölebs und Orbus zusammengestellt sein. Solitarius dagegen ist der allein Stehende, einsam Lebende [Cic. de off. II, 11: solitario homini atque in agro vitam agenti. Varro de re rust. III, 16: apes non sunt solitaria natura, ut aquilae, sed ut homines.

Die Söhne Constantin's schafften die poena coelibatus und orbitatis ab.[ff]) Honorius und Theodosius die lex decimaria.[gg]) Im justinianischen Recht existirt daher das Recht der Lex Julia und Papia nicht mehr.

Durch die Lex Papia hat die Eröffnung des Testaments die Bedeutung erhalten, daß wenn der Honorirte sie nicht erlebt, keine Transmission auf die Erben stattfindet,[hh]) die Erbschaft als nicht erworben betrachtet wird. Die Lex Julia vicesimaria[ii]) schrieb eine besondere Form für die Eröffnung vor, bey einem schriftlichen, solennen, versiegelten Testament. August legte in dieser Lex eine Abgabe auf testamentarische Erbtheile an das Aerarium Militare von einem Zwanzigtheil. Ausgenommen waren unbedeutende, Caracalla erhöhte die Abgabe auf ein Zehntel, nachher wurde sie wieder auf die vicesima beschränkt.[kk]) Dadurch war die Erhaltung der Testa-

Quintil. I. 2 med.: solitaria et velut umbratili vita pallescere]. Daher auch der die eheliche Gemeinschaft Meidende, der Cölebs [Nov. Maiorian. IV. b. c. 185]. Demnach kann ein solitarius, der doch pater ist, nichts Anderes sein, als ein Cölebs, der [entweder als Wittwer aus einer frühern Ehe oder durch Adoption] Kinder hat. R.)

ff) L. 1 C. Th. = L. 1 C. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis (8, 16. 8, 58).

gg) L. 2 C. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis et de decimariis sublatis (8, 58).

hh) Ulpian. XVII. 1: caducum appellatur veluti cecidit ab eo: verbi gratia — si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, aut pereger factus sit. L. un. §. 1 C. de cad. toll. (6, 51): materiam et exordium caducorum lex papia ab aditionibus — sumsit et ideo non a morte testatoris sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatusconsulta, quae circa legem papiam introducta sunt, censuerunt. (Ausnahme: transmissio theodosiana für Descendenten. L. un. C. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt [6, 52]. R.]

ii) Paul. sent. IV. 6. Dig. XXIX. 3 (Cod. VI. 32) testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, describantur.

kk) L. 28. 44 D. de O. I. (1, 2.) Plin. paneg. 37—39. Dio Cass. LXXVII. 9. 2. Collatio XVI. 3. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII. 386—395.

mente eine Sache des öffentlichen Interesse geworden. Um Verfälschung und Anfechtung zu verhüten schrieb die Lex Julia gerichtliche Eröffnung vor, das Testament ist vor den Magistrat zu bringen. Dieser beruft die Zeugen, in deren Ermangelung andere ehrbare Männer, legt ihnen die Siegel vor und eröffnet das Testament. Dasselbe wird vorgelesen (recitare), eine Abschrift genommen, wieder versiegelt und bey Gericht behalten.[ll]) Ueber die Eröffnungshandlung wurde ein genaues Protokoll aufgenommen, worin zugleich die Abschrift des Testaments sich befand. Mehrere solche aus dem 5. und 6. Jahrhundert vor der Curie von Ravenna aufgenommene Protokolle sind auf uns gekommen.[mm]) Die vecesima wurde in der vierten Periode aufgehoben,[nn]) aber die Eröffnungshandlung blieb.

CCCXIV. Durch den Erwerb wird der Delat Erbe, es entsteht das Erbrecht. Die Natur des Erbrechts liegt in der Repräsentation des Erblassers in vermögensrechtlicher Hinsicht, in dem Uebergang der Persönlichkeit desselben in den Erben. Dieß wird, wann auch die Erwerbung geschieht, zurückbezogen auf den Tod des Erblassers. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.[a])

Das Recht an der Person des Erblassers giebt dem Erben ein Recht an dem Vermögen, der Erbschaft, die Erbschaft wird activ und passiv als sein Vermögen betrachtet. Er wird Subject aller Vermögensrechte des Erblassers, als Erbe, also wie es der Erblasser war.[b]) Er erwirbt das Eigenthum und tritt in die Obligationen ein. Eine Ausnahme findet Statt bey den

---

ll) Paul. IV. 6. 1—3.

mm) Spangenberg tab. neg. (1822.) n. 14. 18. (Savigny, Abh. der Berl. Acad. 1814. 1815. S. 67 ff. Vermischte Schriften [1850] III. [27].

nn) L. 3 C. de edicto divi Hadr. toll. (6, 33.)

a) L. 54 D. de adquir. her. (29, 2.)

b) L. 37 D. eod.

mit der natürlichen Person wesentlich zusammenhängenden Rechten, den höchstpersönlichen Rechten. Der Erwerb gilt auch nur von dem Recht, nicht von dem Besitz, diesen muß er besonders erwerben.[c]) Weil der Erbe zugleich Subject der Erbschaft, durch den Erblasser, wird, so tritt eine Confusion ein in Beziehung auf die Jura in Re an Sachen des Erblassers, und die obligatorischen Verhältnisse zwischen ihnen.[d])

Durch den Eintritt in die Schulden kann die Erbschaft damnosa werden, weshalb Vorsicht beim Antritt nöthig ist. Gegen diese Gefahr giebt es folgende Cautionsmittel:

1) durch Uebereinkunft mit den Gläubigern, die auf eine weitere Haftung der Erben über den Bestand der Masse verzichten. Der Erbe tritt hier mandatu der Gläubiger an, die ihm dann für Schaden einstehen müssen.[e]) Es kann diese Erledigung für die Gläubiger selbst vortheilhafter seyn, als ein Concurs. — Auch können die Gläubiger einen Nachlaß an ihrer Forderung beschließen und hier entscheidet sogar die Majorität.[f])

2) durch das tempus deliberandi,[g]) das der Erbe sich erbitten kann (§. 312 m), nach Justinian vom Kaiser ein Jahr, vom Richter neun Monate.[h]) Er kann hier Einsicht in das Vermögen nehmen, ohne daß es als pro herede gestio ausgelegt werden kann.[i]) Doch sollen die Gläubiger gegen mögliche Veruntreuung durch ein Verzeichniß des Vermögens, inventarium gesichert werden.[k])

---

c) L. 1 §. 15 D. si is, qui testamento (47, 4): nec heredis est possessio, antequam possideat (lies possidat), quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non fuit autem possessio hereditatis. L. 23 pr. 30 §. 5 D. de poss. (41, 2.)

d) L. 2 §. 18. 19 D. de hered. vend. (18, 4.)

e) L. 32 D. mandati (17, 1).

f) L. 7 §. 17 L. 8. 9. 10 pr. D. de pact. (2, 14.)

g) Dig. XXVIII. 8. Cod. VI. 30 de iure deliberandi.

h) L. 22 §. 13 C. eod.

i) L. 5 pr. D. eodem. *k*) L. 22 §. 14 C. eod.

3) Justinian hat ein noch vollständigeres Mittel eingeführt. Wenn der Erbe ohne zu deliberiren antritt, aber binnen 30 Tagen von der Kenntniß ein Inventarium zu errichten beginnt, so soll der Erbe nicht über den Bestand der Masse haften.[l]) Durch das Inventarium soll der Bestand der Erbschaft constatirt werden, die Gläubiger also sollen nicht mehr als gegenüber dem Erblasser, aber auch nicht weniger erhalten (beneficium inventarii).[m]) Daher bleiben die Obligationsverhältnisse zwischen Erben und Erblasser bestehen, d. h. sie kommen bey der Berechnung gegenüber den Gläubigern in Anschlag.[n]) — Soldaten haben das Beneficium ipso iure.[o])

Der Erbe kann die einzelnen Rechte, in die er succedirt, mit den damit verbundenen Klagen geltend machen, die Forderung, das Eigenthum, die iura in re. Aber er hat, um die Herausgabe erbschaftlicher Sachen von dem Besitzer zu erlangen, noch eine eigene aus dem Erbrecht selbst entspringende Klage, eine in rem actio de universitate, die hereditatis petitio.[p]) Der Gegenstand derselben ist Alles was zur Erbschaft gehört, und von einem Andern so besessen wird, daß er durch diesen Besitz das Erbrecht des Klägers verletzt. Der Grund der Klage ist das Erbrecht, wie es auch entstanden seyn möge. Veranlassung ist die Verletzung durch den Beklagten. Beklagter ist daher, wer erbschaftliche Gegenstände besitzt, aber nur wenn er entweder pro herede, mit dem Vorgeben Erbe zu seyn oder ein analoges Recht zu haben, oder pro possessore, ohne irgend eine causa angeben zu können, als praedo besitzt.[q])

---

l) L. 22 §. 2 C. eod.

m) L. 22 §. 4 C. eod.

n) L. 22 §. 9 C. eod.

o) L. 22 pr. §. 15 C. eod.

p) Gai. II. 57. IV. 17. Paul. I. 13 b. V. 9. Dig. V. 3 de hereditatis petitione. Cod. III. 31 (Cod. Greg. III. 1. Cod. Theod. II. 22) de petitione hereditatis. Arndts Beiträge (1827) Num. I.

q) Gai. IV. 144. L. 9 D. eod.: Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro

Wer aus einem andern Titel besitzt, titulo singulari, verletzt das Erbrecht nicht, daher geht gegen ihn nicht die Hereditatis Petitio, sondern die Rei Vindicatio.[r]) Auch der fictus possessor haftet in der Hereditatis Petitio.[s]) Die Erbschaftsklage hat durch ein Senatusconsult unter Hadrian (S. C. iuventianum) noch eine ganz besondere Ausdehnung erhalten.[t]) Wer einen erbschaftlichen Gegenstand besessen hat, und jetzt nicht mehr besitzt (ohne dolo aufgehört zu haben zu besitzen), aber noch einen Vortheil davon hat, der haftet so weit, wie wenn das was er besitzt selbst erbschaftlich wäre, z. B. der Verkäufer auf den Preis. Alle Früchte werden augmenta hereditatis. Omne lucrum auferendum est tam bonae fidei possessori, quam praedoni.[u]) Dadurch hat die Klage einen über die Natur einer in rem actio hinausreichenden Charakter erhalten, eine Beimischung von einer condictio, und von praestationes personales.[v]) Daher schützt seit dem Senatusconsult

---

possessore possidet, vel rem hereditariam. L. 11—13 pr. eod.: pro herede possidet, qui putat se heredem esse — sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit: quia possideo: nec contendet se heredem esse, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

r) L. 4 C. in quib. c. cessat (7, 34).

s) (Aus der doli clausula der cautio iudicatum solvi L. 45 D. de her. pet. [5, 3.] Bd. II §. 232 Note i. R.)

t) L. 20 §. 6—21 L. 25 pr. — §. 17 D. de H. P. (5, 3.) (Der Zweck des Gesetzes war, einige ältere Controversen über die veräußerten Erbschaftssachen, den vorhergegangenen Dolus und die Früchte gesetzlich zu entscheiden, welche durch das Senatusconsult über die Usucapion eine neue Bedeutung gewonnen hatten. Dernburg Verh. der h. p. 1852. S. 20 ff. R.)

u) L. 28 eodem.

v) L. 25 §. 18 eodem. (Das den persönlichen Prästationen zum Grunde liegende, durch das Senatusconsult nur bestätigte Prinzip ist: daß der Besitzer pro herede als Negotiorum Gestor dem Dominus jede Bereicherung herausgeben und wenn er als Prädo in eigenem Interesse verwaltete, auch für jeden Nachtheil aufkommen muß. L. 21 D. de hered. vend.

auch nicht mehr die usucapio gegen die Hereditatis Petitio. Der Besitzer wird Eigenthümer, aber es kann ihm die Sache doch abgefordert werden, so gut wie wenn er mit der Erbschaft eine andere erworben hätte.[w])

Ist der Kläger nur theilweise Erbe: si pars hereditatis petatur, so fordert der Kläger nur diesen Theil dessen was der Beklagte besitzt.[x]) Die Hereditatis Petitio geht auch gegen wirkliche Miterben, die das Recht des Klägers nicht anerkennen wollen.[y])

Durch ein edictum D. Hadriani hat der testamentarische Erbe noch ein besonderes Rechtsmittel erhalten. Wenn das Testament gesetzmäßig eröffnet und ohne äußerlichen Mangel befunden worden ist, so erhält der scriptus heres missio in possessionem der Güter, die der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hat. Der ihm das Recht bestreitende muß dann gegen ihn als Kläger auftreten. Erfordernisse sind: 1) gerichtliche Eröffnung, 2) äußerlich vollkommenes Testament, 3) Antritt des Besitzes innerhalb eines Jahres, 4) der Erbe muß sogleich die vicesima entrichten.[z]) — Justinian hob das edictum D. Hadriani auf, ließ aber dieses Rechtsmittel, mit Weglassung der Erfordernisse 3) und 4) bestehen.[aa])

Eine weitere Wirkung der Erwerbung des Erbrechts ist,

[18, 4.] L. 6 §. 3 L. 49 D. de neg. gest. [3, 5.] In sofern nahm die Hereditatis Petitio die Natur eines bonae fidei iudicium an, was sie vermöge der Doli Clausula der Stipulatio Judicatum solvi noch nicht war. Daher hat Justinian diese Streitfrage bejahend entschieden. L. 12 §. 3 C. de pet. hered. [3, 31.] R.)

w) Gaius II. 57. L. 7 C. de pet. hered. (3, 31.) (Auch die usucapionis causa würde der Besitzer schon als Geschäftsführer nicht lucriren dürfen. R.)

x) Dig. V. 4 si pars hereditatis petetur.

y) L. 1 §. 3 D. eodem.

z) Paul. III. 5, 14—18.

aa) L. 3 (ult.) C. de edicto divi Hadriani tollendo. (Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII. 390. 391. R.)

daß der Erbe nicht bloß in die Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, sondern auch unter Umständen neue Obligationen dadurch contrahirt (quasi ex contractu). So durch Anordnung von Vermächtnissen von Seiten des Erblassers.[bb]) Eine besondere Obligatio entsteht auch unter Miterben.[cc])

Es kann Ein Erbe seyn, heres ex asse. As bedeutet hier das Ganze, aber auch mehrere, ab intestato und testamentarische, jeder zu einem gewissen, quoten Theil. Bey gesetzlichen Erben ist dieser durch das Gesetz selbst bestimmt, bey testamentarischen durch Verfügung des Testators. Die Römer drücken die Theile als Theile des As aus. Das As hat 12 unciae, $1\frac{1}{2}$ unciae heißen sescuncia, 2 unciae: sextans, 3: quadrans, 4: triens, 5: quincunx, 6: semis, 7: septunx, 8: bes, 9: dodrans, 10: dextans, 11: deunx. Die uncia getheilt: $\frac{1}{2}$ semuncia, $\frac{1}{4}$ sicilicus, $\frac{1}{6}$ sextula, $\frac{1}{24}$ scripulum.[dd])

Wenn der Testator mehr als 12 unciae vertheilt hat, so werden diese unciae als unciae eines Doppelas, dupondium von 24 unciae verstanden (mit andern Worten auf die Hälfte reducirt).[ee]) Was der Testator übrig gelassen hat, accrescirt den gemachten Theilen pro rata.[ff]) Hat der Testator mehrere Erben ohne Theile eingesetzt, so werden gleiche Theile gemacht.[gg]) Doch kann auch schon in der Art der Ernennung eine stillschweigende Theilbestimmung liegen. So durch Verbindung mehrerer, die zusammen den andern gegenübergestellt werden, so daß sich daraus ergiebt, daß sie zusam-

---

bb) §. 5 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27.)

cc) §. 4 Inst. eodem.

dd) §. 5 Inst. de hered. inst. (2, 14.) Beispiel: Cic. pro Caec. 6: facit heredem ex deunce et semuncia Caecinam, ex duabus sextulis M. Fulcinium: Aebutio sextulam aspergit.

ee) §. 8 Inst. eodem.

ff) §. 7 Inst. eodem.

gg) §. 6 Inst. eodem.

men nur für einen Kopf bey der Erbtheilung gelten sollen (coniunctio).[hh])

Unter den Miterben entsteht durch die Erwerbung eine communio. Die Obligatio daraus ist im Ganzen nach den Grundsätzen zu behandeln, die oben §. 274 bey den Obligationen aus der Gemeinschaft vorgetragen worden sind. Die Klage ist die actio familiae erciscundae[ii]) und geht auf Theilung der corpora, nicht der nomina, die ipso iure divisa sind.[kk]) Im ältern Recht kommt eine solenne Theilung vor, mit feierlichen Worten, erctum ciere, die schon in den Zwölf Tafeln erwähnt wird.[ll]) Das Nähere ist unbekannt.[mm]) Nur gegen den kann die Klage angestellt werden, der das Miterbrecht anerkennt.[nn])

---

hh) L. 142 D. de V. S. (50, 16.)

ii) Paul. sent. I. 18. Dig. X. 2. Cod. III. 36 familiae herciscundae.

kk) L. 2 pr. §. 5 L. 25 §. 9 D. eod. L. 6 C. eod. L. 1 C. de except. (8, 36) L. 1 C. si certum (4, 2) L. 1 C. si unus (8, 32) L. 9 C. de pact. (2, 3) L. 7 C. de hereditar. act. (4, 16) L. 10 C. de iure del. (6, 3.)

ll) L. 1 D. eod. Die Grammatiker sind in der vollständigsten Ungewißheit, welches von beiden Worten die Erbschaft, welches die Theilung bezeichne. Paul. ex Festo v. erctum citumque fit inter consortes ut in libris legum romanarum legitur. erctum a coercendo dictum, unde et erciscundae et ercisci. citum autem est vocatum a ciendo. Donat. ap. Serv. Aen. VIII. 642: citae: divisae ut est in iure: ercto non cito i. e. patrimonio vel hereditate non divisa. Gell. N. A. I. 9 (von der Gütergemeinschaft der Pythagoräer) antiquum consortium quod re atque verbo romano appellabatur hercto non cito.

mm) Cic. de orat. I. 56: qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit. (erctum ciere = divisum [Supinum] provocare, die feierlichen Worte kamen also nicht bei der Theilung selbst, sondern bei der legis actio per iudicis arbitrive postulationem [Bd. II §. 154 c. §. 162 a] vor, die sich bei Erbtheilungen bis zur Lex Julia erhalten zu haben scheint. Vgl. Cic. pro Caecin. c. 7 nomine heredis *arbitrum* familiae herciscundae *postulavit* mit Apulei. metam. IX. p. 210 Bip. nec herciscundae familiae sed communi dividundo *formula* dimicabo. R.)

nn) L. 1 D. fam. herc. (10, 2.)

C. Usucapio hereditatis.[a])

CCCXV. Wer erbschaftliche Sachen pro herede usucapirt, wird zunächst nur Eigenthümer dieser Sachen. Darauf beschränkt sich die Wirkung der pro herede usucapio im neuern Recht. Nach älterem Recht aber konnte dadurch das Erbrecht selbst erworben werden, ipsae hereditates usucapi credebantur. Daher die sacra auf den Usucapienten übergiengen.[b]) Dieser Rechtssatz war vor allem dem wirklichen Erben vortheilhaft, durch Beseitigung jeder Bestreitung seines Erbrechts. Aber er hatte noch eine andere Bestimmung. Er war ein Mittel, wodurch jemand Erbe werden konnte, der weder lege noch testamento berufen war. Also ein Surrogat, das bey der Beschränktheit des alten Civilerbrechts nothwendig war. Die Güter wurden häufig erblos, wenn sie nun jemand an sich nahm, sollte er auch als Erbe haften. Zugleich wurde auch die völlige Ausschließung der Cognaten weniger empfunden, diese waren am ersten im Stand, sich in den Besitz zu setzen.

Aber schon am Anfang der dritten Periode wurde diese Wirkung der Usucapion bestritten. Seneca führt sie als Beispiel einer Controverse an.[c]) Zu Gaius Zeit war es völlig entschieden, daß man durch Usus nicht mehr Erbe werden könne.[d])

---

a) Arndts über die usucapio pro herede (Rhein. Mus. [1828] S. 125. 149). Fabricius (das. IV. S. 165—211 [1830]). Unterholzner (daselbst V. Num. 2 [1832]. Huschke, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV. 7. 1848. (Ueber den Grundgedanken, den Zusammenhang mit der in iure cessio hereditatis und die Unzulänglichkeit des Instituts s. Scheurl Beitr. No. 2 [1852]. S. 95 ff. R.)

b) Cic. de leg. II. 19 sq. pro Flacco c. 34 ad Att. I. 5. Gai. II. 54.

c) Seneca de benef. VI. 5: iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt: tanquam quid aliud sit hereditas, quam res quae in hereditate sunt.

d) Gaius II. 54.

Bonorum Possessio.

CCCXVI. Schon in der zweiten Periode hat das römische Erbrecht eine Erweiterung erhalten durch das prätorische Edict. Neben die hereditas trat ein prätorisches Erbrecht bonorum possessio.[a]) Der Prätor hat in seinem Edict einen Abschnitt über die Erbfolge, worin er gewissen Personen die bonorum possessio zu geben verspricht, mit folgender Wirkung:

1) der, dem die bonorum possessio gegeben ist, erhält ein interdictum adipiscendae possessionis, um sich den Besitz der erbschaftlichen Sachen zu verschaffen, interdictum quorum bonorum.[b]) „Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas."[c]) Der Beklagte ist derselbe corporis (nicht iuris) possessor, wie bey der Hereditatis Petitio. Nur das hatte das Interdict voraus, daß es durch usucapio pro herede nicht ausgeschlossen wurde, und auch gegen den, qui dolo desiit possidere, gerichtet war. Erst später wurden diese Vorzüge auch auf die hereditatis petitio übertragen durch ein Senatusconsult unter Hadrian (§. 314 l). Durch dieses besondere Rechtsmittel wurde die bonorum possessio auch dem heres von Nutzen, wenn ihm der Prätor dieselbe gab.[d]) Die Personen, welchen der Prätor

---

a) Gai. II. 129. 135—138. 147—151. III. 25—38. Ulpian. XXVIII. de possessionibus dandis. Inst. III. 9. Dig. XXXVII. 1: de bonorum possessionibus.

b) Dig. XLIII. 2. Cod. VIII. 2 quorum bonorum.

c) L. 1 pr. D. eod. Gaius IV. 144. §. 3 Inst. de interd. Cic. ad fam. VII. 21. Dazu Huschke de causa Siliana. Studien 1—24. Gegen einen heres durch Usucapion war die Bonorum Possessio gleich Anfangs cum re, also ist das possideresve si nihil usucaptum esset gewiß nicht erst ein späterer aus dem senatusconsultum iuventianum herrührender Zusatz, sondern ein ursprünglicher wesentlicher Bestandtheil des Interdicts.

d) Gaius III. 34.

die bonorum possessio verspricht, sind theils solche, die kein Civilerbrecht haben, theils auch Civilerben (bonorum possessio necessaria — utilis bey den Neueren): die bonorum possessio wird confirmandi iuris civilis gratia, supplendi und corrigendi gratia gegeben.[e])

2) der Prätor behandelt die bonorum possessores als Erben,[f]) er giebt die Klagen, die sie als Erben hätten, ihnen als utiles und die Klagen gegen sie als Erben ebenso (fictis iis heredibus). Daher haben sie a) die in rem actiones des Erblassers als utiles. Der Prätor betrachtet sie als Eigenthümer, also bonitarische Eigenthümer. Durch Usucapion (pro herede) werden sie quiritische Eigenthümer; b) die persönlichen Klagen aus den Forderungen des Erblassers als utiles, c) den Gläubigern der Erbschaft gegen sie die Klagen ebenfalls als utiles, d. h. sie sind prätorische Gläubiger und Schuldner, wo es der Erblasser war.[g])

In der dritten Periode ist den bonorum possessores auch die hereditatis petitio gegeben worden, possessoria hereditatis petitio. Damit war die Gleichstellung des prätorischen und des Civilerbrechts erreicht.[h])

Der Prätor verspricht eine Bonorum Possessio: 1) si tabulae testamenti nullae extabunt,[i]) also eine prätorische In-

---

e) pr. Inst. de bon. poss. (3, 9.)

f) Gaius III. 32. Ulpian. XXVIII. 12. §. 2 Inst. de bon. poss.

g) Gaius IV. 34. Ulpian. XXVIII. 12.

h) Dig. V. 5 de possessoria hereditatis petitione. (In den Rescripten Diocletian's umfaßt „successio“ auch die prätorische „successionis vindicatio“ d. h. die Geltendmachung der Bonorum Possessio L. 8 C. de leg. hered. [6, 58.] L. 4 C. in quib. caus. cessat [7, 34], es giebt nur noch ein Erbrecht, welches durch Cretio, Aditio, Bonorum Possessionis Agnitio erworben wird. In diese Zeit fällt die Entstehung der possessoria hereditatis petitio, früher schlossen possidere und petere einander aus. Vgl. Leist, Bonorum Possessio §. 125. R.)

i) Dig. XXXVIII. 6 si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi.

testaterbfolge, bonorum possessio intestati; diese zerfällt wieder in mehrere Classen, nach der Ordnung in welcher die Personen gerufen werden; [k]) 2) si tabulae testamenti extabunt[l]) und hier a) contra tabulas prätorische Notherbfolge, b) secundum tabulas prätorische Testamenterbfolge.

Im prätorischen Edict ist die Ordnung festgesetzt, in welcher die bonorum possessio deferirt wird: [m]) zuerst contra, dann secundum tabulas, zuletzt der intestati nach ihren verschiedenen Classen.[n]) Die Delation wird, wenn die erste erfolglos geblieben ist, wiederholt an die folgende Classe, successorium edictum.[o]) Die bonorum possessio wird nie ipso iure erworben, es giebt keine bonorum possessores necessarii.[p]) Sie wird erworben durch die Erklärung, daß man sie haben wolle, agnitio, admissio, petitio bonorum possessionis. Diese Erklärung kann geschehen vor dem Magistrat, Prätor oder Präses.[q]) Regelmäßig wird sie ertheilt ohne vorausge-

---

k) L. 1 §. 1 D. eod. (38, 6.)

l) Dig. XXXVII. 2 si tabulae testamenti extabunt. Die Edictsworte s. bey Cic. in Verr. I. c. 45: *Si de hereditate ambigatur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.* Hoc tralaticium est: sequi illud oportet: *si tabulae testamenti non proferentur* (cf. L. 1 pr. D. si tab. test. nullae 38, 6). c. 44: posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. L. 1 D. de unde legitimi (38, 7): verba edicti: tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset.

m) Dig. XXXVIII. 15 quis ordo in possessionibus servetur. §. 3. 4 Inst. de bon. poss. (3, 9.) *n*) L. 1 D. eod.

o) Ulpian. XXVIII. 11. Dig. XXXVIII. 9. Cod. VI. 16 de successorio edicto. §. 5 Inst. de bon. poss. (3, 9.)

p) L. 3 §. 3 D. de bon. poss. (37, 1): invito nemini bonorum possessio adquiritur.

q) L. 3 D. de iurisdict. (2, 1): mixtum est imperium — quod in danda bonorum possessione consistit.

gangene Untersuchung, de plano petitur.[r]) Der Magistrat stellt keine Untersuchung über die Legitimation des Petenten an, dieß geschieht erst in Folge einer Bestreitung von einem Andern. Sie wird unwirksam durch erfolgreiche Bestreitung, aber auch wenn es sich ergiebt, daß die gebetene noch nicht an der Reihe war. Verweigert oder als unrichtig gebeten betrachtet wird sie nur 1) wenn schon jemand eine frühere bonorum possessio gebeten hat, der dazu berechtigt war. In diesem Fall kann eine folgende nur zu dem Zweck gebeten werden, um einen Rechtsstreit gegen die erstere zu erheben, also wenn behauptet wird, der erstere habe keinen Anspruch darauf, bonorum possessio litis ordinandae gratia, z. B. der eingesetzte Erbe bestreitet dem Andern das Recht der bonorum possessio contra tabulas, der Intestaterbe ficht das Testament an, der Cognat bestreitet dem, der bonorum possessio unde liberi gebeten, die Kindschaft. Ein besonderer Fall ist noch der, daß die bonorum possessio gebeten werden kann zum Behuf der querela inofficiosi testamenti von Seiten eines prätorischen Erben, um nicht nachher bey der Vindication der Intestaterbfolge durchzufallen.[s]) Hier wird der Name litis ordinandae gratia gebraucht; ohne Zweifel aber galt er auch für jene Fälle. 2) wenn eine Person vorhanden ist, der ein früherer Grad deferirt wird, und diese noch nicht ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen wird der Berechtigte a) durch Repudiation, Erklärung sie nicht haben zu wollen;[t]) b) durch Ablauf der Zeit, innerhalb deren die bonorum possessio gebeten werden kann. Sie

---

r) L. 3 §. 8 D. de bon. poss. (37, 1) L. 2 §. 1. 2 D. quis ordo (38, 15).

s) L. 6 §. 2 L. 8 pr. D. de inoff. test. (5, 2.) Vielleicht kommt die Frage, ob die bonorum possessio richtig gebeten ist, mit zur Sprache, wenn ein Streit darüber entsteht, so daß der Unterschied der edictalis und decretalis darin bestand, daß jene dem Streit vorangeht, diese wenigstens als provisorische nachfolgt.

t) §. 5 Inst. de bon. poss. (3, 9.)

ist immer an eine Frist gebunden, diese ist für Eltern und Kinder des Erblassers ein annus utilis, für Andere 100 dies utiles.[u]) Der durch Zeitablauf Ausgeschlossene ist nur von diesem Grad ausgeschlossen, wird er in einem folgenden Grad wieder gerufen, so kann er hier wieder agnosciren (sibi ipse succedere).[v])

Constantin's Söhne verordneten: bey jedem Richter auch bey den Duumvirn kann die bonorum possessio gebeten werden, jede Erklärung, daß man die Erbschaft wolle, ist hinreichend, also braucht die Bitte nicht mehr auf einen bestimmten Grad der bonorum possessio gerichtet zu werden. Darum ist sie denn auch möglich, während ein früherer Grad noch nicht ausgeschlossen, d. h. sie wird wirksam, wenn der frühere Grad verfällt.[w])

Der Regel nach wird die bonorum possessio durch das Edict deferirt, und durch die bloße Erklärung erworben, bonorum possessio edictalis (auch ordinaria). In manchen Fällen hat sich der Prätor vorbehalten, die Ertheilung von einer Untersuchung des concreten Falles abhängen zu lassen. Hier findet also vor der Ertheilung eine causae cognitio Statt, die Ertheilung geschieht durch Decret, bonorum possessio decretalis pro tribunali petitur.[x]) So z. B. die bonorum possessio ex edicto carboniano.[y]) Wenn einem Impubes die Kindschaft bestritten wird und davon sein Erbrecht abhängt, so ist regelmäßig der Proceß und die Entscheidung bis zur Mündigkeit aufzuschieben, dessenungeachtet giebt der Prätor

---

u) Ulpian. XXVIII. 10. §. 4 Inst. eod. L. 1 §. 9. 12 D. de succ. ed. (38, 9) L. 7 §. 2 L. 10 D. de bon. poss. (37, 1.)

v) L. 1 §. 10. 11 D. de succ. ed. (38, 9.)

w) L. 7 §. 3 C. de cur. fur. (5, 70) L. 9 C. qui admitti (6, 9). §. 7 Inst. de bon. poss. (3, 9.)

x) L. 2 §. 1. 2 D. quis ordo (38, 15).

y) Paul. sent. III. 1. Dig. XXXVII. 10. Cod. VI. 17 (Cod. Th. IV. 3) de carboniano edicto.

schon jetzt dem Impubes die bonorum possessio die er in Anspruch nimmt, mit dem Recht einstweiliger Alimente.[z]) Erst aber nach causae cognitio, z. B. ob nicht schon offenbare Beweise gegen den Petenten vorliegen.[aa]) — Die bonorum possessio decretalis wird erst durch das Decret deferirt, daher kann sie nicht durch Repudiation, sondern nur durch Ablauf des Termins verloren werden.[bb])

Bonorum possessio ordinaria hat noch eine andere Bedeutung: die rein auf dem prätorischen Edict beruhende. Im Gegensatz dazu ist extraordinaria die durch das Gesetz gegebene z. B. die Lex Papia.[cc])

Das Verhältniß des bonorum possessor zum heres stellt sich so. Wenn jemand die bonorum possessio richtig gebeten und erhalten hat, auch nicht bloß litis ordinandae causa, sondern definitiv, so garantirt ihm der Prätor noch gar nicht, daß er gegen jeden heres die Erbschaft behaupten könne. Es kann nämlich zwar niemand mehr vorhanden seyn, der auf eine vorgehende bonorum possessio Anspruch hat, so daß also der bonorum possessor, wenn bloß auf die bonorum possessio gesehen wird, der allein Berechtigte ist. Allein es besteht neben der bonorum possessio die hereditas, es kann ein heres da seyn, der keine bonorum possessio gebeten hat, mit seinem Civilerbrecht sich begnügend, und dem gegenüber der prätorische Erbe sich vielleicht nicht behaupten kann. Es ist z. B. ein gültiges Civiltestament da, der darin eingesetzte Erbe sucht nicht die bonorum possessio, der Prätor giebt nun dem sich

z) L. 6 §. 5 D. eodem.

aa) L. 3 §. 4. 5 D. eodem.

bb) L. 1 §. 7 D. de succ. ed. (38, 9.)

cc) §. 4 Inst. de bon. poss. (3, 9): novissime quasi ultimum et *extraordinarium* auxilium prout res exegerit accommodavit. Dig. XXXVIII. 14 ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur. L. 3 D. unde legitimi (38, 8). (Umgekehrt: ubicunque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat. L. 12 §. 1 D. de bon. poss. [37, 1.] R.)

meldenden Intestaterben die bonorum possessio intestati; ein suus ist präterirt, er bittet nicht bonorum possessio contra tabulas, der Prätor giebt daher bonorum possessio secundum tabulas; oder ein suus oder agnatus erbt ab intestato und der Prätor giebt dem Cognaten die bonorum possessio. Damit ist noch nicht gesagt, daß der Prätor seine bonorum possessio gegen jene Civilerben in Schutz nimmt. — Die bonorum possessio kann richtig gebeten und ertheilt und dennoch ohne Erfolg seyn, wenn dem bonorum possessor ein heres vorgeht, bonorum possessio sine re. Im entgegengesetzten Fall heißt sie b. p. cum re.[dd])

Möglich ist es daß die bonorum possessio ursprünglich immer sine re war, so oft dem bonorum possessor ein heres gegenüber stand, also die bonorum possessio nur supplendi et confirmandi nicht corrigendi iuris civilis gratia gebraucht wurde. Also ist das Verhältniß des bonorum possessor zum heres stets wie das des bonae fidei possessor zum dominus. Aber nach und nach erhielt sie eine erweiterte Wirksamkeit, manche bonorum possessiones wurden auch gegen Civilerben gegeben, cum re. Hier ist dann das Verhältniß, wie das in bonis esse zu dem nudum ius quiritium. Das Nähere bey den einzelnen Fällen.

Wie haben wir uns nun die Veranlassung und erste Entstehung des prätorischen Erbrechts zu denken? Diese Frage ist nicht sowohl definitiv zu beantworten, vielmehr ihre Schwierigkeit einzusehen. Man hat darüber folgende verschiedene Ansichten:

Nach der einen ist die Bonorum Possessio zunächst für die Civilerben bestimmt. Dieser Gedanke kommt in folgenden verschiedenen Auffassungen vor:

1) Manche Juristen namentlich Löhr[ee]) haben behauptet,

---

dd) Ulpian. XXVIII. 13. Gaius III. 35—38.

ee) v. Löhr, Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio, Magazin III Num. 8.

die bonorum possessio und das interdictum quorum bonorum sey zuerst bloß für die Civilerben eingeführt worden, um diesen den Besitz des Erbtheils bequemer zu verschaffen, erst später sey sie dann auch auf andere Personen erstreckt worden. Also anfangs würde man haben nachweisen müssen, daß man heres sey, um die bonorum possessio zu haben. Diese Ansicht hat kein historisches Zeugniß für sich, alle innern Gründe sprechen gegen sie. Mit demselben Recht könnte man behaupten, die publiciana actio sey für den quiritischen Eigenthümer, das interdictum salvianum für den fiduciarischen Pfandgläubiger aufgestellt worden. Der Prätor schützte auch die nach Jus civile Berechtigten, aber er erfand keine neuen Rechtsmittel für sie, bloß etwa um ihnen die Sache bequemer zu machen. — Es ist als gewiß zu betrachten, daß der Prätor gleich von Anfang vornehmlich solche Personen im Auge hatte, die durch das Jus civile ausgeschlossen waren, für die aber die neuere Volksansicht ebenfalls eine Berücksichtigung bey der Erbfolge forderte.

2) Eine andere Ansicht stimmt darin mit der vorigen überein, daß die bonorum possessio anfangs confirmandi iuris civilis gratia gegeben worden sey, aber zum Zweck, um den Besitzstand für die hereditatis petitio zu reguliren. So namentlich Fabricius. [ff]) Auch dieß ist eine auf ungegründeten Hypothesen beruhende Ansicht: es sey ein Unterschied in dieser Beziehung gewesen zwischen der specialis in rem actio und de universitate; dieß ist durchaus nicht gegründet. Auch würde nun erst die Frage entstehen, wie ist man sonderbarer Weise von einem so geringfügigen Institut zu einer Erbfolge ge-

---

ff) Fabricius, Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum 1837. S. 17 ff. (Vorher schon: Dernburg, Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente. 1821. S. 191. 214. Francke, Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. S. 97 ff. Einverstanden: Vangerow, Leitfaden §. 398 [1842], Danz, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts II S. 150. R.)

kommen? Allerdings entstehen aus geringen Anfängen große Dinge, aber nicht aus Sperlingen Adler.

Nach einer andern Ansicht ist die Bonorum Possessio von Anfang an auf das Erbrecht und zwar auf eine Ergänzung desselben berechnet. Dem spätern Rechtsbewußtseyn (schon zur Zeit der freien Republik) wurden die Schranken des alten Civilerbrechts mehr und mehr unleidlich. So bey der testamentarischen Erbfolge die Genauigkeit gewisser Formen und Beschränkungen, die in gewissen Fällen nutzlos schienen, wie z. B. wenn ein posthumus agnatus das Testament rumpirt hat und nachher wieder verstorben ist vor dem Testator. Ferner in der Intestaterbfolge, daß nur die Agnaten ein Erbrecht hatten, und doch das Vermögen so leicht nach Jus civile erblos werden konnte. Zumal da schon damals die Gentes in Abkommen geriethen. Sollten nun die Güter lieber dem Zufall Preis gegeben als die Cognaten bedacht werden? Schon das Jus civile enthielt eine Art von Hülfe durch die alte Rechtsansicht von der usucapio hereditatis, die nur freilich den Successor durch den Zufall bestimmen ließ. Es war der Aufgabe des Prätors gemäß, diesem Bedürfniß entgegenzukommen, wie er ein Aehnliches in Beziehung auf die Erwerbung des Eigenthumes that. Dazu gab ihm jene Möglichkeit der usucapio pro herede selbst einen Anhalt und Ausgangspunkt. Wie das Jus civile die Besitznahme erbschaftlicher Güter zuließ, so gab der Prätor den Besitz gewissen Personen, die in der Volksüberzeugung als die Nächstberechtigten zu gelten anfiengen.[gg]) Er gab ihnen ein Rechtsmittel andern Be-

---

gg) (Cic. or. part. c. 28: cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio — quid aequius aequissimumve sit quaeritur. Die aequitas aber verlangt, daß der Usucapionsbesitz den Angehörigen gesichert werde, deren natürliches Anrecht auch schon die Lex Cincia und Furia durch Verbot inofficioser Schenkungen und Legate anerkennen. Ulpian. XXVIII. 7: cognatis, quibus per legem furiam plus mile asses capere licet. R.)

sitzern pro herede die Sachen abzunehmen, und setzte sie in den Stand heredes durch Usucapion zu werden.[hh]) Dieß war vor allem auf solche Fälle berechnet, wo das Jus civile keinen heres gab, also supplendi iuris civilis gratia, natürlich aber war die bonorum possessio und ihre Vortheile auch dem heres nicht abgesprochen, confirmandi iuris civilis gratia, und endlich konnte ihr Effekt sogar auch der seyn, daß einem heres die Erbschaft dadurch entzogen ward, corrigendi iuris civilis gratia.[ii])

Es ist noch eine dritte Ansicht über den Grund der Bonorum Possessio möglich: das Bedürfniß für die Gläubiger zu sorgen. Wo kein Erbe ist, wird den Gläubigern Bonorum Possessio gegeben. Darin aber sollten den Gläubigern Andere vorgehen, was ohnehin dem Interesse der Gläubiger entsprach und nur ein anderes Mittel war ihnen zu helfen.[kk])

---

hh) (Von diesem Standpunkt ist die Definition der Bonorum Possessio genommen, welche Isidor. V. 25 ohne Zweifel nach einer alten Quelle giebt: bonorum possessio est ius possessionis certo ordine certoque titulo adquisitum. Es versteht sich, daß unter dieser Possessio keine corporis, sondern eine hereditatis oder iuris [successionis] also eine rei incorporalis possessio zu verstehen ist L. 1. 2 D. de b. p. [37, 1.] R.)

ii) (An die hereditatis possessio und usucapio knüpften schon Savigny, Zeitschrift V. S. 14 [1825] und Huschke, Recension von Fabricius [Richter's Jahrb. 1839 S. 11], neuerdings Bachofen über Lex Voconia [1843] S. 66 ff. die Entstehung der Bonorum Possessio an, freilich in sehr verschiedener Weise. R.)

kk) (Gaius III. 77: mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, *neque bonorum possessores*, neque alium iustum successorem existere. Die successive Defension gegen die Gläubiger bestimmte das successorium edictum, aus welchem die bonorum possessio herrührte, nach ähnlichen Grundsätzen, wie sie bei der Sacralpflicht gegen die Pontifices angenommen waren Cic. de leg. II. 21. Ulpian. XXVIII. 12: ex successorio edicto bonorum possessio datur. L. 1 pr. D. de succ. ed. [38, 9]: successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret [§. 8 Inst. de b. p. (3, 9.)] Zur Defension ist bei der bonorum venditio vivorum der Schuldner selbst, mithin bei der bonorum

CCCXVII. Der Prätor machte sieben Classen, in welche er die Intestaterben vertheilte. Manche beziehen sich bloß auf die Beerbung von Freigelassenen, manche auf beide, Freigelassene und Freigeborene.

1) bonorum possessio unde liberi. Diese haben die Sui und die Sui zu seyn aufgehört haben, durch Mancipation, auch Mancipati, wenn sie von der frühern Gewalt wieder befreit worden sind.[a]) Daher succediren nur die Kinder eines Mannes, nicht einer Frau, bey dieser giebt es diese bonorum possessio unde liberi gar nicht. Die Ordnung ist nach Analogie des Civilrechts, die Bonorum Possessio wird nicht gegeben, wenn zwischen dem Descendenten und dem Erblasser ein Anderer in der Mitte steht, eben weil nur die Sui und die es gewesen, berufen sind. Ein besonderer Fall ist der, wenn ein Sohn emancipirt ist, dessen Kinder in der väterlichen Gewalt des Großvaters zurückgeblieben sind. Diese sind Sui, also nach Civilrecht allein Erben. Nach prätorischem Princip müßten eigentlich streng genommen nicht sie, sondern der Sohn succediren. Aber doch erben sie als Sui. Also müßte der

---

venditio mortuorum zunächst der heres als Träger der Persönlichkeit verpflichtet. Nächstdem trifft die Defensionspflicht die Cognaten und Affinen [vir et uxor] des Schuldners L. 5 §. 1 D. quib. ex caus. [42, 4] L. 16 D. de reb. auct. [42, 5.] — Die Ausbildung der bonorum possessio vom successorium edictum aus ist zu ausschließend hervorgehoben worden von: Leist, die Bonorum Possessio. [1844.] I S. XIV. XXXIV. XXXV S. 57. Die Interessen der Gläubiger sind nicht die einzigen, welche dem Prätor am Herzen liegen. Unter andern ist die Regulirung des Usucapionsbesitzes der Erbschaft und der Vermächtnisse durch die Interdicte quorum bonorum und legatorum zu Gunsten der natürlich Berechtigten gegenüber unberufenen Occupanten eine Rücksicht, die jenen Interessen nicht schlechthin untergeordnet werden darf. R.)

a) Dig. XXXVIII. 6 si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. Cod. VI. 14 unde liberi. (Auch civitate donati nec ab imperatore in potestatem redacti. Collat. XVI. 7. 2: suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere. Gai. III. 20 vgl. I. 94. R.)

Sohn und der Enkel selbstständig neben einander berufen werden. Aber darunter würden die andern Stämme leiden. Diese Schwierigkeit ist nun so erledigt: der Sohn erhält so viel, als er als Suus erhalten hätte und giebt die Hälfte an seine Kinder.[b]) — Ebenso wie bey Freigeborenen ist es bey Freigelassenen. Hinterlassen aber die Freigelassenen keine leiblichen, sondern Adoptivkinder, so hat der Patron eine bonorum possessio contra suos non naturales auf die Hälfte der Erbschaft.[c])

Die Gleichstellung der Emancipati mit den Sui nahm der Prätor nicht ohne eine Beschränkung vor, durch welche die Ungleichheit die darin liegen konnte, entfernt werden sollte. Die Ungleichheit war aber die, daß der Emancipatus seit der Emancipation sich erwarb, der Suus dem Vater. So wie nun durch den Erwerb des Suus die Erbschaft vermehrt ist, soll auch der Emancipatus, insoweit er durch seine Theilnahme den Erbtheil des Suus schmälert, seinen Erwerb einwerfen, collatio bonorum.[d]) Insoweit er den Suus schmälert, wenn ein Emancipatus mit seinen Kindern, die Sui sind, gemeinschaftlich erbt, hat er nicht den übrigen Sui, sondern nur diesen letzteren zu conferiren, denn der Erbtheil der übrigen wird durch seine Theilnahme nicht verringert.[e]) Ausgenommen sind die Güter, die auch ein Suus für sich erwirbt, bona castrensia et quasi castrensia.[f])

---

b) L. 1 pr. D. de coniungendis cum emancipato liberis eius (37, 8).

c) Gaius III. 41. (Diese b. p. contra suos non naturales, die auch contra tabulas gegeben wird §. 318 gründet sich nicht, wie die b. p. unde legitimi auf die Annahme einer Consanguinität zwischen Patron und Libertus, und geht daher durch Capitis Deminutio nicht unter. Huschke über den Einfluß der Capitis Deminutio des Patrons oder seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht. Studien [1830] S. 121—133 umgearbeitet: Rhein. Mus. [1833] Num. 3. R.)

d) Dig. XXXVII. 6 de collatione (bonorum).

e) L. 1 pr. §. 14. 15 D. de coniug. (37, 8.)

f) L. 1 §. 15 D. de collat. (37, 6.) L. 12 C. eod. (6, 20.)

Ein besonderer Fall ist noch die Collation der Dos, die die Tochter vom Vater oder einem Andern erhalten hat. Diese kommt auch bey der Sua nicht in die Erbschaft, daher muß nicht bloß die Emancipata, sondern auch die Sua die Dos conferiren, dotis collatio.[g])

Im neusten Recht, wo auch der Erwerb des Suus nicht in die Erbschaft kommt, ist die collatio modificirt worden. Gegenstand derselben ist nur was ein Kind von dem Vater selbst vorweg bekommen hat, und das also dadurch der Erbschaft entzogen ist. Also durchgängig nach Analogie der dotis collatio.[h])

2) bonorum possessio unde legitimi.[i]) Hier werden alle civilrechtlichen Erben gerufen, auch die Sui kommen hier noch einmal an die Reihe. Nicht die capite minuti, denn sie sind nicht legitimi. Ueber die durch die proximi agnati ausgeschlossenen entfernteren Agnaten war Streit.[k]) Sodann auch die Gens.[l]) Bey Freigelassenen Patron, Patrona, Kinder des Patrons (§. 304). Auch der Manumissor aus dem Mancipium, dem Extraneus Manumissor aber wurden decem personae vorgezogen: außer den Sui und Emancipati, Ascendenten bis zum zweiten Grad, Descendenten ebenso, und Geschwister. Diese bonorum possessio unde decem personae bildete im Edict einen besondern Grad.[m])

---

g) Dig. XXXVII. 7 de dotis collatione.

h) L. 20 pr. §. 1 C. de collationibus (6, 20).

i) Dig. XXXVIII. 7. Cod. VI. 15 unde legitimi.

k) Gaius III. 27. 28.

l) Cic. Verr. I. 45: Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem, eius testamentum erat nullum. lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data, si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Hoc opinor iure et maiores nostri et nos semper usi sumus.

m) §. 3 Inst. de bon. poss. (3, 9.)

3) bonorum possessio unde proximi cognati (proximitatis nomine).[n]) Nur bis zum sechsten Grad, vom siebenten noch der sobrino natus.[o]) Hier erben auch die Kinder einer Erblasserin;[p]) seit dem S. C. tertullianum und orphitianum gehören diese auch zu den heredes legitimi, also auch schon in die vorige Classe. Ferner Capite minuirte Agnaten, Frauenspersonen ultra consanguinitatis gradum.[q]) Auch die Agnaten selbst als natürliche Verwandte. Auch die in Adoption gegebenen Kinder während der Adoption.[r]) Bey Freigelassenen nur die Descendenten, denn die servilis cognatio wird nicht berücksichtigt.[s])

4) bonorum possessio tum quem (oder tanquam) ex familia.[t]) Es ist die Familie des Patrons gemeint, seine Agnaten. Diese vertrat die Stelle der Gens, wo keine Gens war (die Gens kommt schon in der zweiten Classe). — Diese Classe ist nur für Freigelassene.[u])

---

n) Inst. III. 5 de successione cognatorum. Dig. XXXVIII. 8 unde cognati. Cod. VI. 15 unde legitimi et unde cognati.

o) L. 9 pr. D. eod. Note y.

p) Gai. III. 24. Ulpian. XXVI. §. 7. 8 pr. Inst. de S. C. tertull. (3, 3.)

q) Gai. III. 23. 29.

r) L. 1 §. 4 D. unde cognati (38, 8).

s) L. 1 §. 2 D. eodem.

t) Ulpian. XXVIII. 7. Collat. XVI. 9. §. 3. 5 Inst. de bon. poss. (3, 9.) (tum quem ist eine unzweifelhafte Conjectur von Cujacius [vgl. §. 316 l], tanquam [ὡσανεὶ] erklärt Huschke, Studien S. 101. 105: tanquam ex familia patroni patronaeve is, de cuius bonorum possessione agitur, non exisset, cui ex ea familia eorum bonorum possessio competeret, d. h. es sollen die Personen erben, denen das Vermögen des Patrons ungeschmälert zugefallen sein würde, wenn die Manumission nicht geschehen wäre, mit andern Worten: die Begründung einer neuen Person und Familie wird als nicht geschehen behandelt. Allein auf dieser Fiction beruht auch schon die b. p. unde legitimi des Patrons. Vgl. Note z. R.)

u) (Auf sie bezieht sich der Centumviralprozeß Cic. de or. I. 39: cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent. Unstreitig mußten die Marceller

5) patronus, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve.[v]) Es ist sehr zweifelhaft, wie dieß zu verstehen ist.[w]) Daß der Patron hier einfach wieder gerufen wurde, ist undenkbar. Man könnte an einen Patronus Capite minutus denken, aber schwerlich ließ diesen der Prätor zur bonorum possessio. Das nächste ist an den Patron des Patronus zu denken, dem sodann die Descendenten und Ascendenten des Patrons gleichgestellt wurden, welche nicht zu den legitimi heredes gehören. — Auch diese Classe ist nur für Freigelassene.

6) unde vir et uxor, der Ehegatte des Erblassers bey Freigeborenen und Freigelassenen.[x])

7) unde cognati manumissoris, soweit sie in der Lex Furia

---

als agnati proximi den Gentilen, der familia im weitesten Sinn, vorgehen. R.)

v) Ulpian. XXVIII. 7: quinto patrono patronae item liberis *parentibusve* (Cujacius) patroni patronaeve. Coll. XXVI. 9 (Ulpian.): post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam item liberos et parentes patroni patronae. §. 3 Inst. de b. p. (3, 10): sexto patrono patronaeque et parentibus eorum §. 5 eod.: octavo unde patroni patronaeque et parentes eorum. Theoph. ad §. 3 Inst. cit.: unde liberi patroni et patronae et parentes eorum.

w) (Göschen über die b. p. libertini intestati: Hugo civ. Mag. IV Num. 12 [1813] nimmt [nach der Collatio] als berufen an: 1) den Patron des patronus libertus, 2) die Kinder des ersten Patrons, 3) Vater und Mutter des ersten patronus emancipatus. Unterholzner über das patronatische Erbrecht, Zeitschrift V Num. 2 [1825] S. 62 ff. versteht diese Klasse [nach den Institutionen] von einer abermaligen Berufung des etwa capite deminuirten Patrons und der Patrona des Erblassers so wie der Aeltern und Kinder dieser Patrona. Gegen diese Ansichten vgl. Huschke Studien S. 58 ff. 88—94 [1830]. Er selbst bezieht diesen Grad mit Recht auf die Succession aus dem Freilassungsrecht. Es erbt 1) der Patron des Patrons, 2) die Kinder des zweiten Patrons, 3) die Parentes des Patrons wenn die Freilassung aus dem Mancipium geschah. R.)

x) Dig. XXXVIII. 11. Cod. VI. 18 unde vir et uxor.

excipirt sind.[y]) Auch diese Classe bezieht sich nur auf Freigelassene.[z])

Die bonorum possessio intestati ist bald zu einer selbstständigen Stellung gegenüber dem Civilerbrecht gelangt. Sie ist nur gegen den Civilerben sine re, der in der prätorischen Successionsordnung höher steht, als der bonorum possessor, so daß wenn er die ihm zustehende bonorum possessio gebeten hätte, der jetzige bonorum possessor gar nicht dazu gekommen wäre, z. B. der Agnatus proximus gegenüber dem Cognaten. Die in Einer Classe mit einander stehenden z. B. Sui und Emancipati concurriren mit einander nach den Grundsätzen des prätorischen Edicts (auch wenn der suus nicht bonorum possessio gebeten hat), und steht der Civilerbe niedriger (z. B. der Agnat gegenüber dem Emancipatus), so erhält er gar nichts. In beiden Fällen ist also die bonorum possessio cum re.[aa])

CCCXVIII. Der Prätor giebt den im Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio, wenn eine Testaments-

---

y) Ulpian. XXVIII. 7 (§. 316 gg). Vat. fragm. §. 301: sic et lex furia scripta est: eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.

z) (Drei leitende Gedanken liegen der ganzen Anordnung zum Grunde: 1) die durch den Manumissionsact begründete neue Familie des Libertus geht der des Patrons vor. Erst wenn jene ganz ausgestorben ist, geht das Vermögen in diese [„ex ea familia in eam familiam" §. 304 hh] zurück; 2) innerhalb jeder dieser Familien haben die zur hereditas gerufenen legitimi den Vorzug vor den zur possessio hereditatis berechtigten natürlichen Cognaten und Affinen; 3) in der Gens wie in der Freundschaft geht wieder die eigene Familie der fremden vor: dort das eigene Haus den Agnaten- und Gentilenhäusern [L. 195 §. 2 D. de V. S. (50, 16)], hier die Cognation der Affinenfamilie. Von der Affinenfamilie ist sogar nur die unmittelbare Copula, der Ehegatte, berufen und zwar erst hinter den legitimi des Patrons: der Ehegatte des Manumissors ist ganz weggelassen. R.)

aa) Gaius III. 37. 38.

urkunde vorgelegt,[a]) das Testament septem testium signis signatum, die Zeugen tüchtig sind, der Testator Testamentifactio, wenigstens zur Zeit seines Todes hatte,[b]) der Erbe fähig ist,[c]) und niemand dagegen bonorum possessio contra tabulas gebeten hat. Diese bonorum possessio ist am längsten gegenüber dem Civilerben unwirksam geblieben. Jeder heres konnte dem bonorum possessor den Erbtheil abfordern, machte die bonorum possessio also sine re, die legitima hereditas konnte daher nur durch ein Civiltestament ausgeschlossen werden. Erst Marc Aurel hat dem bonorum possessor gegen die Civilintestaterben eine Exceptio Doli gegeben, also dem prätorischen Testament die Wirkung beigelegt, die Civilintestaterbfolge auszuschließen.[d]) Nur dann ist die Bonorum Possessio

---

a) (Cic. Verr. III. 7: scio te — possessiones hereditatum non secundum eos qui proferrent, sed secundum eos, qui dicerent testamentum factum dedisse [§. 316 l, 317 l]. Nach späterem Recht genügt die Gewißheit und der Beweis des Daseins im Augenblick des Todes L. 1 §. 2—7 D. de b. p. s. t. [37, 1] L. 3 D. si tabulae testamenti nullae extabunt [38, 6] L. un. D. si tabulae testamenti extabunt [37, 2]. R.)

b) Gaius II. 147: si septem testium signis signata sint testamenta — si modo defunctus testator et civis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Ulpian. XXIII. 6. XXVIII. 5. 6.

c) L. 12 §. 1 L. 13 D. de b. p. (37, 1.) Dig. XXXVIII. 13 quibus non competit bonorum possessio.

d) Gaius II. 119. 120. (Mit diesem Rescript Antonin's hat man ein Decret des Proconsuls von Asien in Verbindung gebracht, welches nebst dem betreffenden verschlossenen Testament, dem Kaiser Marc Aurel zur Entscheidung eingesandt worden war und von dem Fronto [orat. de testamentis transmarinis] ep. II. 15 p. 70 seqq. ed. Niebuhr. sagt: Quare si hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eiusmodi causis decernant. quid igitur eveniet? illud scilicet ut testamenta omnia ex longinquis transmarinis provinciis Romam ad cognitionem tuam deferantur. filius exheredatum se suspicabitur: postulabit ne patris tabulae aperiantur. idem filia postulabit, nepos, abnepos, frater, consobrinus, patruus, avunculus, amita, matertera, omnia necessitudinum nomina hoc privilegium invadent, ut tabulas aperiri vetent, ipsi possessione iure sanguinis fruantur. Causa denique Romam emissa quid eveniet? he-

noch sine re 1) wenn ein heres testamentarius aus einem gültigen Civiltestament, früherem oder späterem, als das prätorische vorhanden ist;[e]) 2) gegen einen solchen Intestaterben, der durch seine Präterition das testamentum iure civili zum non iure factum oder ruptum macht;[f] 3) gegen einen heres legitimus, der die bonorum possessio contra tabulas agnosciren kann.[g])

Die bonorum possessio secundum tabulas findet ihre Anwendung vornehmlich dann, wenn ein Testament iure civili nichtig, non iure factum, ruptum, irritum ist, und doch die prätorischen Erfordernisse hat. Die hauptsächlichsten Fälle sind:

1) wenn in der civilrechtlichen Form gefehlt ist, z. B. die Nuncupation oder Mancipation fehlt.[h])

---

redes scripti navigabunt, exheredati autem in possessione remanebunt. Dirksen Abh. der Berliner Acad. v. 1. Juli 1847 S. 26—30 ist der Meinung der Proconsul hätte die b. p. s. t. abgeschlagen, weil das Testament ein prätorisches, die Intestaterben civile waren, dagegen beschwere sich der Testamentserbe. Es ist aber weder von einem prätorischen Testament die Rede, noch sind der avunculus, die matertera u. s. w. civile Intestaterben, noch stellen sie die hereditatis petitio an, gegen welche allein das Rescript Antonin's eine doli exceptio gewährt. Es handelt sich vielmehr um das sog. remedium ex L. ult. C. de ed. divi Hadr. [6, 33] [Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII, S. 390]. Die Intestaterben protestiren, um es zu verhindern unter allerlei nichtigen Vorwänden gegen die Testamentseröffnung, der Proconsul beschließt darüber die kaiserliche Entscheidung einzuholen und bis diese erfolgt und das mit den Acten eingesandte Testament zurück ist, die Angehörigen iure sanguinis im Besitz zu lassen. Aber die Appellation ne testamentum aperiatur hat schon Hadrian verboten L. 7 pr. D. de app. recip. [49, 5] L. 26 C. Th. quar. app. [11, 36]. Die Beifügung des Testaments war geradezu unvernünftig, und Fronto beantragt deshalb ein Decret des Kaisers, dessen allgemeine Autorität [tu ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis Bd. I §. 111] den Mißbrauch in allen Fällen und für immer verhüten werde. R.)

e) Gaius II. 149.

f) L. 12 pr. D. de iniusto (28, 3).

g) L. 17 D. de iniusto (28, 3).

h) Ulpian. XXVIII. 6. Gai. II. 121.

2) wenn eine Frau ohne Auctoritas ihres Tutors testirt hat. Die Bonorum Possessio ist sine re nicht bloß gegen einen heres testamentarius, sondern auch gegen den Legitimus Tutor.[i])

3) wenn der Testator die Testamentifactio verlor, wofern er nur zur Zeit seines Todes wieder Civis und suae potestatis wird. Ob sie cum re oder sine re entscheidet sich nach den obigen Grundsätzen.[k])

4) wenn ein suus heres präterirt ist. Nach prätorischem Recht vernichtet dieß nicht das Testament. Aber die Bonorum Possessio ist sine re, wenn er nicht zur Zeit des Todes gestorben ist oder abstinirt.[l])

5) wenn ein späteres Testament wieder ungültig geworden ist.[m]) Ferner wenn mehrere Testamente vorhanden sind, von denen keins als das neuere nachgewiesen werden kann; hier werden beide wie Ein Testament behandelt.[n])

CCCXIX. Nach prätorischem Recht müssen Personen, welche ab intestato die bonorum possessio unde liberi haben, eingesetzt oder enterbt werden. Die Exheredation muß bey Mannspersonen (Söhnen und Enkeln) nominatim, bey Frauenspersonen kann sie auch inter ceteros geschehen. Sind sie präterirt, so giebt ihnen der Prätor die bonorum possessio gegen das Testament,[a]) contra testamentum, contra lignum,[b])

---

i) Gaius II. 118—122. Cic. top. c. 4. Boeth. ad top. II. 302 (Orelli).

k) Gaius II. 147—149. L. 1 §. 9 D. de b. p. s. t. (37, 11.)

l) L. 2 pr. L. 17 D. de iniusto (28, 3).

m) L. 11 §. 2 D. de b. p. s. t. (37, 11.) Collat. XVI. 3. 1. (Lachmann, Zeitschrift X. 314.)

n) L. 1. §. 6 D. eodem.

a) Ulpian. XXII. 23. Gaius II. 129. 135. Dig. XXXVII. 4 de bonorum possessione contra tabulas. Cod. VI. 12 de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur.

b) L. 19 D. (37, 4.)

sie setzt nur die Hinterlassung eines solchen Testaments voraus, nicht nothwendig, daß der Erbe antritt, auch könnte sonst das Testament iure civili nichtig seyn.[c]) Die Wirkung ist: Verdrängung der Erbeinsetzung zu Gunsten der bonorum possessores, die also an die Stelle der eingesetzten Erben treten, nicht Herbeiführung der Intestaterbfolge. Die Ordnung unter mehreren Berechtigten bestimmt sich nach der Ordnung der Intestaterbfolge.[d]) Die im Testament eingesetzten Notherben agnosciren ebenfalls bonorum possessio contra tabulas und erben so mit den Präterirten.[e]) Das Testament wird eigentlich nicht aufgehoben, daher die Pupillarsubstitution gültig bleibt,[f]) ferner die Dispositionen zu Gunsten der Descendenten des Erblassers, nur daß sie zusammen nicht mehr als ein bonorum possessor erhalten können.[g]) Auch ein Vermächtniß, wodurch der Ehefrau oder Schwiegertochter eine Dos restituirt wird, die der Testator empfangen hatte, bleibt bestehen.[h])

Marc Aurel bestimmt: bey Frauenspersonen soll die bonorum possessio nur die Wirkung haben, wie die Präterition der Sui, die nicht Filii sind, nach Civilrecht.[i])

Die bonorum possessio wird verloren durch Anerkennung des Testaments, namentlich Annahme eines Vermächtnisses.[k])

Die bonorum possessio contra tabulas ist auch zu Gunsten des Patrons gegeben gegen das Testament seiner Freigelassenen.[l]) Nach Jus civile kann der Libertus seinen Patron im

---

c) L. 4 pr. 19 D. de b. p. c. t. (37, 4.)

d) L. 1 §. 1 D. eod. vgl. L. 8 §. 14 L. 11. §. 1 eod.

e) L. 8 §. 11. 12 L. 10 §. 1. 3 D. eod.

f) L. 22. 34. §. 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)

g) Dig. XXXVII. 5 de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

h) L. 8 §. 2 L. 10 §. 1 D. eod.

i) Gaius II. 126.

k) L. 15 D. de b. p. c. t. (37, 4) L. 5 §. 2 D. de leg. praest. (37, 5.)

l) Gaius III. 40—54. Ulpian. XXIX. Inst. III. 7 de successione

Testament präteriren.[m]) Der Prätor giebt diesem bonorum possessio contra tabulas partis dimidiae, wenn ihm nichts oder weniger als die Hälfte hinterlassen ist. Nur dann nicht, wenn leibliche Kinder des Libertus, Sui oder Emancipati, eingesetzt sind. Dasselbe Recht haben die männlichen Kinder des Patrons, nicht die weiblichen, doch nach der Lex Papia die mit dem ius trium liberorum und die Patrona ingenua mit zwey, die Patrona libertina mit drey Kindern.[n]) Die Lex Papia hat aber auch das Recht des Patrons erhöht, wenn der Libertus 100000 Sesterze im Vermögen hat (centenarius) und weniger als drey leibliche Kinder hinterläßt, der Patron hat hier immer, mag ein Testament da seyn oder Intestaterbfolge eintreten, Anspruch auf eine portio virilis.[o]) Macht der Freigelassene sich durch Veräußerungen inter vivos zum minor centenario, so sind diese ipso iure ungültig.[p])

Die Patrona hat nach prätorischem Recht keine bonorum possessio contra tabulas, die Lex Papia giebt ihr dieselben Rechte wie dem Patron, wenn sie als Ingenua zwey, als Li-

---

libertorum. Dig. XXXVIII. 2 de bonis libertorum. Cod. VI. 13 de bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur. Unterholzner über das patronatische Erbrecht: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V. 2 (1825) S. 84 ff. Huschke, über einige zweifelhafte Verordnungen der lex papia poppaea in Beziehung auf die Succession und die Güter der Freigelassenen (1830) S. 25—58.

m) Gaius III. 40.

n) Gaius III. 40. 41. 50. Ulpian. XIX. 1. 4. 5. (Der Anspruch auf die Hälfte des Vermögens ist entstanden aus der societas omnium bonorum liberti, welche für die Manumission bedungen zu werden pflegte, bis sie später als unzulässige Belastung der Freiheit verworfen wurde. L. 1 §. 1 D. de bon. lib. [38, 2]: posteriores praetores [nach Rutilius] certae partis bonorum possessionem pollicebantur, videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem: ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret. R.)

o) Gaius III. 42. (Dasselbe Recht hat auch eine patrona ingenua mit drei Kindern Gai. III. 50. R.)

p) L. 16 pr. D. de iure patron. (37, 14.)

berta drey Kinder hat.[q]) Auch ihren Kindern, der Tochter mit zwey oder drey, dem Sohn schon mit einem Kind.[r])

Eine Liberta kann nur auctore patrono testiren, deshalb hat auch der Prätor keine Bestimmung über ihr Testament gegeben. Die Lex Papia entnimmt sie mit vier Kindern der Tutela legitima und bestimmt daher: der Patron soll ein Recht haben auf eine portio virilis, wenn sie ihre Kinder einsetzt.[s]) Dasselbe Recht haben Söhne und Enkel des Patrons, weitere Descendenten mit dem ius liberorum (drey Kindern) haben es nur, wenn die Liberta ohne Testament verstirbt. Gegen das Testament haben sie bonorum possessio auf die Hälfte.[t]) Die Patrona mit dem ius liberorum hat gegen das Testament der Liberta dasselbe Recht, wie der Patron gegen den Libertus nach dem Edict, also Bonorum Possessio auf die Hälfte.[u])

Nach justinianischem Recht hat der Patron bey einem Vermögen von weniger als 100 Aurei kein Recht gegen das Testament, bey 100 Aurei und darüber bonorum possessio contra tabulas auf ein Drittel, doch nicht gegen die testamentarisch eingesetzten Kinder.[v])

Was der Patron contra tabulas zu fordern berechtigt ist, wird ihm geschützt gegen dolose Veräußerung inter vivos[w]) durch Revocation der Veräußerung mit der actio faviana bey Testamenten, actio calvisiana ohne Testament.[x]) Auch gegen mortis causa donationes und Vermächtnisse, hier ist nicht einmal Dolus erforderlich.[y])

---

q) Gaius III. 49—50.

r) Gaius III. 53: eadem lex patronae filiae liberis honoratae *filio* (Huschke) patroni iura dedit. sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.

s) Gaius I. 192. II. 122. III. 43. 44. Ulpian. XXIX. 3.

t) Gaius III. 45—47: quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit. *u*) Gaius III. 52.

v) §. 3 Inst. de succ. lib. (3, 7.) L. 4 C. (rest.) de bonis lib. (6, 4.)

w) Dig. XXXVIII. 5 si quid in fraudem patroni factum sit.

x) L. 3 §. 2. 3 D. eod. *y*) L. 1 §. 1 D. eod.

Nach Analogie des Patrons hat der Parens Manumissor bonorum possessio contra tabulas des Emancipirten, auf denselben Gegenstand, also partis dimidiae.[z]) Auf das Ganze, wenn der Sohn turpes personae eingesetzt hat.[aa]) Eine Ausnahme findet Statt: wenn der Vater Geld für die Emancipation erhalten, oder der Sohn ihm nachher inter vivos etwas Genügendes gegeben hat, um sein Vermögen frey zu haben;[bb]) ferner wenn der Sohn Soldat ist; wenn der Vater gezwungen war, ihn wegen schlechter Behandlung zu emancipiren.[cc])

CCCXX. Die Richtung des prätorischen Rechts war die Geltendmachung des sich allmählich von der Ausschließlichkeit der Principien des alten Civilrechts befreienden Volksbewußtseyns. Diese Richtung, welche das prätorische Recht genommen hatte, theilte sich nach und nach den spätern Civilrechtsquellen, namentlich kaiserlichen Constitutionen, mit. Doch blieb das Civilrecht im Ganzen noch immer auf seiner alten Grundlage, selbst noch unter Justinian. Daher bestand daneben noch das prätorische Erbrecht als geschlossenes System. So in den Institutionen, Digesten, Codex.

Doch war schon manches umgestaltet, namentlich an der bonorum possessio secundum tabulas durch die neue Testamentsform. Auch die andern bonorum possessiones wurden sehr modificirt durch die Novelle 115 und 118. Im Einzelnen in folgender Art:

1) die bonorum possessio contra tabulas wird ersetzt durch die Novelle 115.[a]) Sie fand nur noch Anwendung für den Patron gegen das Testament eines Freigelassenen.

---

z) Dig. XXXVII. 12 si a parente quis manumissus sit. §. 6 Inst. quib. mod. ius patr. pot. (1, 12.)

aa) L. 3 pr. D. eod.

bb) L. 1 §. 3. 4 D. eod. *cc*) L. 5 D. eod.

a) Manche Juristen wollen sie noch daneben anwenden. Puchta Pandekten §. 493.

2) die bonorum possessio secundum tabulas hat auch viel von ihrer alten Wirksamkeit verloren. Sie tritt nicht mehr ein wegen eines Formfehlers, sie setzt vielmehr die von Justinian eingeführte Form voraus, die aus der alten civilrechtlichen und prätorischen Form zusammengesetzt ist. Doch giebt es noch immer einzelne Fälle, wo das Testament iure civili nichtig ist, mit der bonorum possessio aber aufrecht erhalten werden kann, z. B. ein späteres Testament ist wieder ungültig geworden; ferner um den provisorischen Besitz zu verschaffen bey bedingter Einsetzung.[b])

3) die bonorum possessio intestati ist durch die Novelle 118 im Ganzen aufgehoben. In Beziehung auf die Intestaterbfolge der Verwandten gilt nur das Recht der Novelle. Geblieben ist aber die bonorum possessio unde vir et uxor. — Bey Freigelassenen hat schon ein früheres Gesetz, L. 4 C. de bon. lib. (6, 4) die Intestaterbfolge reformirt (§. 304 kk).

Das Resultat ist: die bonorum possessio hat im neusten

---

b) (Der bedingt eingesetzte Erbe muß, wenn er die Erbschaft besitzt, dem Substituten gleich jedem andern Besitzer cautio iudicatum solvi Bd. II §. 232 i leisten, nicht bloß nach, sondern unter Umständen schon vor erfüllter Bedingung. Die clausula iudicatum solvi dieser Stipulation wird committirt, wenn der Substitut nach ausgefallener Bedingung oder abgelaufener Cretionsfrist antritt, die Erbschaftsklage anstellt und darin obsiegt. L. 12. 13 D. qui satisd. [2, 8.] Die Früchte werden in diesem Fall von der Stipulation nicht erst von der Litiscontestation an restituirt [die doppelten Früchte bei Paul. sent. V. 9. 1. 2 beziehen sich auf die Legis Actio und den Sponsionenprozeß Bd. II §. 232 n]. Eine andere Abweichung besteht in der Aufnahme eines längern Termins in die Formel Bd. II §. 232 i z. B. si ea res *in annis decem proximis* secundum me iudicata erit, denn die Erfüllung der Bedingung kann sich länger hinziehen als z. B. das Präjudicium ob die Erbschaftsklage causa maior centum sestertiis und darum Centumviralsache ist [Bd. II §. 153 e §. 171 d] Paul. V. 9. 1 L. 8 pr. D. de stip. praet. [46, 5.] Beide Abweichungen von den gewöhnlichen Prozeßcautionen bleiben auch dann bestehen, wenn der Erbe die auch dem sub conditione scriptus heres versprochene b. p. s. t. agnoscirt: „praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum.“ R.)

Recht aufgehört ein vollständiges Erbrechtssystem zu seyn. Die bonorum possessores nach altem Recht haben im neusten Recht meistens schon ein Civilerbrecht, und wo dieß nicht der Fall ist, ist gewöhnlich auch die bonorum possessio ausgeschlossen. Nur einzelne Fälle sind geblieben.

Vermächtnisse.

CCCXXI. Vermächtniß[a]) ist Anordnung einer Singularsuccession aus der Erbschaft, quantitative Minderung der Universalsuccession.[b]) Personen erhalten etwas aus dem Vermögen, ohne daß die Persönlichkeit des Erblassers auf sie übergeht. Doch setzt diese Singularsuccession eine Universalsuccession voraus, einen heres oder der loco heredis ist, eben weil sie ein Abzug von der hereditas ist und dieser ohne eine solche Universalsuccession nicht existirt. Wo kein Erbe vorhanden oder der loco heredis ist, da existirt kein Vermächtniß. Das Vermächtniß begründet eine Obligatio zwischen dem Onerirten und dem Honorirten (§. 314 bb).

Das römische Recht hat zwey Formen des Vermächtnisses, eine civilrechtliche, legatum, und eine andere freiere, erst später zu rechtlicher Wirksamkeit gekommene, das fideicommissum.

Hier soll zuerst die Rede seyn von dem Vermächtniß des Jus civile.[c])

I. Die Anordnung des Legats geschah mit bestimmten vorgeschriebenen Worten, verba civilia, daher auch bloß

---

a) Gaius II. 191—289. Ulpian. XXIV. XXV. Paul. sent. III. 6. IV. 1. Inst. II. 20—22. Dig. XXX—XXXII de legatis et fideicommissis. Cod. VI. 37 de legatis. 42 de fideicommissis. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Recht. 2 Bde. 1835.

b) L. 116 D. de leg. I (30): Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret alicui quid collatum velit.

c) Gaius II. 191—245. Ulpian. XXIV. Paul. sent. III. 6. Inst. II. 20. Cod. VI. 37 de legatis.

lateinisch.[d]) Es gab vier Formen, mit verschiedener Bedeutung und Wirkung:

1) per vindicationem. Stichum hominem do lego (daher do lego legatum).[e]) Aber auch sumito, capito, sibi habeto. Die Wirkung ist diese: die Sache geht ipso iure in das quiritische Eigenthum des Legatars über, er hat die rei vindicatio. Daher ist das Legat eine Eigenthumserwerbsart. Nach der Meinung der Sabinianer erfolgt der Uebergang beim Antritt der Erbschaft durch den Erben, auch ohne Wissen und Willen des Legatars, es ist genug wenn er nicht den entgegengesetzten Willen hat; nach der der Proculianer erst durch den Willen des Legatars. Zu Gaius Zeit war die letztere Ansicht die herrschende wegen eines Rescripts des Antoninus Pius.[f]) Damit verträgt sich übrigens wohl, daß die Erwerbung auf die Zeit des Antritts zurückbezogen wird;[g]) denn die Proculianer behaupteten, einstweilen gehöre die Sache niemandem, nicht etwa dem Erben. Bey einem bedingten Vermächtniß meinten die Proculianer eben so, die Sabinianer, daß die Sache einstweilen dem Erben gehöre.[h]) — Erforderniß ist quiritisches Eigenthum des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung und des Todes, bey fungiblen Sachen nur das letztere.[i]) Wenn fremde Sachen vermacht sind, ist das Legat ungültig, nach dem S. C. neronianum aber soll es wie ein legatum per damnationem behandelt werden.[k]) Wenn die Sache nachher veräußert worden ist, so ist das Legat ungültig.[l]) Wird dieselbe Sache Mehreren legirt, so sind diese

---

d) Gaius II. 281. Ulpian. XXV. 9.

e) Fragm. vat. §. 47. 57. 75. Paul. sent. III. 6 §. 26.

f) Gaius II. 195.

g) L. 44 §. 1 D. de leg. I (30).

h) Gaius II. 200.

i) Gaius II. 196. Ulpian. XXIV. 7.

k) Gaius II. 197. Ulpian. XXIV. §. 11 a. Vat. fragm. §. 85.

l) Gaius II. 198. §. 12 Inst. de legat. (2, 20.)

Miteigenthümer, fällt einer von ihnen aus, d. h. erwirbt er das Vermächtniß nicht, so accrescirt sein Theil den übrigen. Dieß ist der Fall, es mag ihnen coniunctim, in einem Satz, Titio et Seio hominem Stichum do lego, oder disiunctim: Titio fundum do lego, Seio eundem fundum dieselbe Sache legirt seyn.[m])

2) per damnationem. Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto.[n]) Oder dato, dare iubeo, facito.[o]) Die Wirkung des Legats ist eine Obligatio zwischen Erben und Legatar zum dare: mancipiren, in Jure cediren, tradiren u. s. w.[p]) Der Legatar hat eine in personam actio ex testamento,[q]) leugnet der Erbe, in duplum.[r]) Auch fremde und

---

m) Gaius II. 199. Ulpian. XXIV. §. 12.

n) (Daher damnas esto legatum: Agroetius de orthogr. p. 2271. Putsch.: unde et in iure *damnas esto legamen* [legatum] dicitur hoc est solvendo esto quod solvi omnibus modis necesse est etiamsi res aliena legatur cf. Serv. Aen. XII. 727: in iure cum dicitur damnas esto hoc est damnatus est[o] ut des h. e. damno te ut des neque alias libereris. R.)

o) Gaius II. 201. Ulpian. XXIV. 4.

p) Paul. III. 6 §. 10 damnari heres potest, ut alicui domum extruat, aut aere alieno eum liberet, also auf ein facere, mithin auf ein Incertum (L. 75 §. 7 D. de V. O. [45, 1.])

q) (Seit der Lex Silia und Calpurnia eine condictio certi, triticaria oder incerti nach Verschiedenheit des legirten Gegenstandes: L. 9 §. 1 D. de R. C. [12, 1]: competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege aquilia. Früher trat, wie bei der Aquilia, die Legis Actio per manus iniectionem pro iudicato ein, vorausgesetzt 1) eine damnatio, 2) certa pecunia, denn die Legis Actio lautet: quod tu mihi — damnatus es sestertium decem milia — Gai. IV. 21. Da dieser Executivprozeß aber seit der Lex Valeria [Bd. II §. 162 s] nur noch formell war [Gai. IV. 25], so zog man vor im ordentlichen Prozeß aus dem dare oportere zu klagen, welches ja durch eine Damnatio nicht wie durch ein Judicat [Gaius III. 180] consumirt war. R.)

r) (Auch diese in duplum revocatio setzt eine damnatio auf certa pecunia voraus, ohne beide Voraussetzungen liegt kein executorischer Anspruch [Bd. II §. 179 s], mithin auch kein Grund vor, dem Erben die *indebiti* condictio in Beziehung auf die Obligatio zu versagen und ihn auf

künftige Sachen können so legirt werden.[s]) — Ist Mehreren zusammen (coniunctim) vermacht, so erhält jeder einen Theil, ist disiunctim legirt, so bekommt jeder das Ganze, also Einer den Werth. Es findet hier keine Accrescenz Statt, sondern es bleibt in der Erbschaft.[t]) Modificationen treten ein nach der Lex Papia (§. 325).

3) sinendi modo. Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere. Die Wirkung ist eine actio in personam, der Erbe ist aber nur zur Gestattung der Wegnahme verpflichtet, nicht zur Mancipation.[u])

---

die Richtigkeitsbeschwerde gegen die Damnation einzuschränken. Gai. II. 283: §. 7 Inst. de obl. quae quasi ex contr. [3, 28.] definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege aquilia item ex legato. Quod veteres — in iis legatis locum habere voluerunt, quae 1) certa constituta, 2) per damnationem — legata fuerunt. Huschke, Zeitschrift XIII. 275 läugnet die Nothwendigkeit des zweiten Erforderniſses wegen Gai. II. 201, wo dato als Formel des Damnationslegats angeführt wird. Aber eine Obligatio auf dare oportere ist noch nicht judicatmäßig, aus ihr muß man erst noch im ordentlichen Prozeſſe [sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem] klagen [Gai. III. 180. IV. 20], eine Manus Injectio: quod te mihi x milia *dare oportet* — ob eam rem tibi x milium pro iudicato manus inicio wäre undenkbar. Eben so wenig gab es eine Manus Injectio: quod tu mihi damnatus es x modios tritici optimi dare, quos dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi x modiorum tritici optimi pro iudicato manus inicio, denn nur Geldurtheile sind executorisch. Schon aus diesem innern Grunde ist bei Gai. IV. 9: adversus inficiantem in duplum agimus per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae — legatarum nomine, quae per damnationem certae relictae sunt, die Lücke nicht mit Huschke a. a. O. S. 258 durch item quantitatum, sondern nach Lachmann's Vorschlage durch vel pecuniarum auszufüllen. Scheurl's Einwand gegen diese Conjectur [Beitr. 1852 No. V S. 131] erledigt sich durch die richtige Lesart bei Gai. III. 223 istae pecuniae poenae esse. R.)

s) Gaius II. 202. 203.

t) Gaius II. 205. Ulpian. XXIV. 13. Vat. fragm. §. 85. 87.

u) Wegen eines ungeschickten Ausdrucks in der epitome Gaii II. 5. 6 (in quo legato — non quidem heres legatario rem — iubetur tradere,

Gegenstand des Legats können eigne Sachen des Testators seyn oder Sachen des Erben, die ihm zur Zeit des Todes gehörten.[v]) Das Legat fremder Sachen wird nach dem S. C. neronianum aufrecht erhalten.[w]) Mehrere denen coniunctim legirt ist, erhalten die Sachen gemeinschaftlich, jedoch ohne Accrescenz, wenn einer ausfällt; ist disiunctim vermacht, so waren verschiedene Ansichten: Einige nahmen Prävention an und dieß ist die consequenteste Ansicht, Andere dagegen wollten es hier so, wie bey dem legatum per damnationem, d. h. sie wendeten das S. C. neronianum darauf an, da nun eine fremde Sache, die des ersten Legatars, vermacht ist.[x])

4) per praeceptionem. L. Titius hominem Stichum praecipito. Hier waren zwey verschiedene Systeme: a) die Proculianer hielten die Silbe prae für überflüssig, es sey wie capito, also keine besondere Art, sondern ein Legat per vindicationem; dafür war eine Constitution Hadrian's; b) die Sabinianer hielten es für eine besondere Art, auf welche nur einem Miterben legirt werden könne, nach den Worten, praecipere sey so viel wie praecipuum sumere.[y]) Bey einem Extraneus hielt es Sabinus für nichtig, Julian und Pompo-

---

sed vindicante legatario non permittitur prohibere) glaubten Manche, es sey Vindication möglich gewesen, ungechtet Theophilus II. 20 §. 2 dagegen ist. Nun hat der ächte Gaius II. 213. 214 die Nachricht des Theophilus bestätigt. Der Fehler lag weniger darin, daß man Theophilus nicht eine unbedingte Glaubwürdigkeit beimaß, als daß man dem elenden Epitomator einen größern Glauben schenkte, als jenem. (Die Klage ist die incerti condictio: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet Gai. II. 213, denn sinere oder patientiam praestare ist ein non facere, mithin immer ein Incertum L. 75 §. 7 D. de V. O. [45, 1.] Die Manus Injectio ist ungeachtet der Damnatio unstatthaft, es fehlt das erste Erforderniß, der bestimmte Inhalt. R.)

v) Gaius II. 210.

w) Gaius II. 211. 212.

x) Gaius II. 215. L. 14 D. de usu leg. (33, 2.)

y) Gaius II. 221–223.

nius ex S. C. neroniano für gültig.[z]) Geltend gemacht wird es durch das familiae erciscundae iudicium.[aa]) Daher können nur eigene Sachen des Testators (res hereditariae) so vermacht werden, bey fremden ist es nur ex S. C. neroniano gültig.[bb]) — Auch die Proculianer betrachteten es als ein besonderes Legat, wenn einem von mehreren Erben ohne Benennung eines Onerirten etwas vermacht wird, Prälegat. Nur hielten sie nicht dafür, daß jenes eine besondere Form sey, das Prälegat kann in allen Formen geschehen. Die Eigenthümlichkeit des Prälegats besteht darin, daß der Honorirte selbst einen Theil zu tragen hat, daher ein Theil untergeht.[cc])

Diese vier Formen beziehen sich zunächst auf das Vermächtniß von Sachen. Vermacht wird 1) eine Forderung auf die Sache gegen den Erben, legatum per damnationem. 2) die Sache selbst a) zum Eigenthum, Vindications- und Präceptionslegat, nach der Ansicht der Proculianer; b) schlechtweg, sinendi modo und Präceptionslegat nach der Meinung der Sabinianer. — In den Formen außer dem Damnationslegat können nur Sachen und Jura in Re, per damnationem aber auch jeder andere Gegenstand legirt werden: Handlungen des Erben, Alimente, jährliche Renten ꝛc., alles was Gegenstand einer Forderung seyn kann.[dd])

Das Legat setzt einen testamentarischen Erben voraus, nur diesem ist es aufzulegen (legare ab aliquo). Daher auch nicht post mortem heredis, wohl aber cum heres morietur (nicht pridie quam heres meus morietur, Gaius: quod non pretiosa ratione receptum videtur.[ee]) Keinem Legatar,[ff]) auch nicht

---

z) Gai. II. 217. 218. *aa*) Gai. II. 219. *bb*) Gai. II. 220.

cc) Ulpian. XXIV. 22. L. 34 §. 11. 12 L. 116 §. 1 D. de leg. I (30).

dd) Gaius II. 197. §. 21 Inst. de leg. (2, 20.)

ee) Gai. II. 232. Ulpian. XXIV. §. 16. Paul. sent. III. 6. 5. 6. §. 35 Inst. de legatis (2, 20).

ff) Gai. II. 271. Ulpian. XXIV: a legatario legari non potest.

einem Intestaterben.[gg]) Daher sind die Legate ungültig, wenn das Testament ungültig ist. Diesem kann vorgebeugt werden durch die Codicillarclausel, die eventuelle Verwandlung in ein Fideicommiß.[hh]) Zuweilen bedarf es dieser Vorsorge nicht, es werden schon iure die Legate aufrecht erhalten z. B. nach Novelle 115 (§. 311). Bey der bonorum possessio contra tabulas (§. 319). Ein solcher Fall ist, wenn der testamentarische Erbe in der Absicht, die Legate aufzuheben, in fraudem legatariorum die Erbschaft ausschlägt.[ii])

Was die Anordnung im Testament selbst betrifft, so darf sie nicht ante heredis institutionem geschehen.[kk]) Aber auch in einem Anhang des Testaments, codicilli, wenn er nur im Testament bestätigt ist, codicilli testamento confirmati, können Legate gültig angeordnet werden.[ll])

Der Legatar muß Testamentifactio haben[mm]) und sonst fähig seyn.[nn]) Wer nicht zu Erben eingesetzt werden kann, kann auch kein Legat erhalten. So nach vorjustinianischem Recht auch nicht eine incerta persona. Doch sub certa de-

gg) Gai. II. 270: item intestatus moriturus potest ab eo ad quem bona eius pertinent fideicommissum alicui relinquere cum alioquin ab eo legare non possit.

hh) L. 1. 13 §. 1 D. de iure cod. (29, 7.) (Beispiel einer sehr ausführlichen Codicillarclausel aus spätester Zeit: Spangenberg tab. neg. [1822] p. 107. Stillschweigend L. 88 §. 17 D. de leg. II [30]: hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito [vgl. die Formel dolus malus, ius civile, iuris peritus abesto: Orelli inscr. 4374. 4390. 4391. 4821] rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam et si minus aliquid legitime minusve perite fecero pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. R.)

ii) Dig. XXIX. 4 si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. Cod. VI. 39 si omissa sit causa testamenti.

kk) Gai. II. 229. Ulpian. XXIV. 15. Paul. sent. III. 6. 2. §. 34 Inst. de legat. II. 20.

ll) Gai. II. 270 a. Ulpian. X.

mm) Gai. II. 218.

nn) Gai. II. 110. 275. Ulpian. XXV. 7. §. 24 Inst. de leg. (2, 20.)

monstratione z. B. ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit.[oo]) Im Grunde ist dieß eine Bedingung, die incerta persona ist eine certa persona, deren Recht nur durch die Bedingung ungewiß gemacht wird.[pp]) Ein Legat kann auch nicht hinterlassen werden 1) dem der in der Gewalt des Erben ist. Dieß ist indessen controvers: nach Servius Ansicht ist es gültig, aber es geht unter, wenn der Legatar zur Zeit der Erwerbung des Legats noch in der Gewalt ist. Nach Sabinus und Cassius ist es pure ungültig und kann ex post nicht gültig werden, sub conditione vermacht ist es gültig, wenn die Gewalt bis zur Existenz der Bedingung aufhört. Die Proculianer meinten auch da wäre es nicht gültig, denn man könne auch sub conditione seinem subiectus nichts schuldig seyn. Die Meinung der Sabinianer wurde später die herrschende.[qq]) 2) dem in dessen Gewalt der Erbe ist. Nach Gaius Meinung ist das Legat gültig, geht aber unter, wenn die Gewalt bey Antritt der Erbschaft fortdauert, nach der Meinung Ulpian's ist es immer ungültig. Justinian hat die Meinung des Gaius recipirt.[rr])

Dem Legat liegt die Absicht des Honorirens zu Grunde. Diese ist wesentlich. Wenn daher der Testator nicht dem Legatar eine Wohlthat zuwenden, sondern nur dem Erben eine Strafe auferlegen will (coercendi heredis causa, legatum poenae nomine relictum), so gilt es nicht. Justinian verordnete, daß das Legat nicht mehr aus diesem Grund ungültig seyn solle, außer wo die Strafe contra bonos mores wäre.[ss])

---

oo) Sueton. Domit. c. 9. Gai. II. 238. 287. Ulpian. XXIV. §. 18. Paul. sent. III. 6. §. 3. §. 25 Inst. de legat. (2, 20.)

pp) L. 1 pr. D. de legat. II (31).

qq) Gai. II. 244. Ulpian. XXIV. §. 32. §. 23 Inst. de legat. (2, 20.)

rr) Gai. II. 245. Ulpian. XXIV. 24. §. 33 Inst. de legat. (2, 20.)

ss) Gai. II. 235. Ulpian. XXIV. 17. §. 36 Inst. de legat. (2, 20.) Dig. XXXIV. 6. Cod. VI. 41 de his, quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur.

Falsa causa[tt]) oder falsa demonstratio[uu]) machen das Legat nicht ungültig.

II. Erwerb des Legats. Das Recht auf das Legat ist eine Obligatio zwischen dem Onerirten und Honorirten; also zu unterscheiden von dem vermachten Recht, von dem Recht, das Gegenstand des Vermächtnisses ist. Beim Vermächtniß giebt es keine Delation und Adquisition, so wenig wie bey einer andern Forderung. Unterschieden wird die Existenz der Forderung, dies cedit, Erwerb des Legats, und Geltendmachung, dies venit.[vv]) Das Recht des Vermächtnisses wird ohne den Willen und Wissen des Legatars erworben mit dem Eintritt eines gewissen Zeitpunkts (daher *dies* cedit). Bey unbedingten Vermächtnissen mit dem Tod des Erblassers, bey bedingten mit Existenz der Bedingung.[ww]) Eine Hauptwirkung ist die Transmission auf die Erben, stirbt der Legatar vorher, so geht das Legat unter.[xx]) Die Lex Papia hat den Zeitpunkt in dieser Beziehung hinausgerückt; der Erwerb erfolgt nicht vor Eröffnung des Testaments. Justinian stellte das alte Recht wieder her.[yy]) Der Zeitpunkt der Geltendmachung, dies venit, tritt ein erst mit dem Antritt der Erbschaft, natürlich den Erwerb vorausgesetzt, kann aber durch einen dies noch weiter hinausgeschoben werden.[zz])

---

tt) §. 31 Inst. de legat. (2, 20.) Cod. VI. 44 de falsa causa adiecta legato vel fideicommisso.

uu) §. 30 Inst. de legat. (2, 20.) L. 17 pr. 34 pr. D. cond. et dem. (35, 1.)

vv) Bd. II §. 204 c. Dig. XXXVI. 2 quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. Cod. VI. 53 quando dies legati vel fideicommissi cedit.

ww) Ulpian. XXIV. 31. L. 21 pr. D. eod.

xx) Ulpian. XXIV. 30: ad heredem legatarii legata non aliter transeunt nisi iam die legatorum cedente legatarius decesserit.

yy) Ulpian. XXIV. 31. L. un. §. 1 C. de cad. toll. (6, 51.)

zz) L. 69 pr. 86 §. 2 D. de leg. I (30) L. 32 pr. 80 D. de leg. II (31) L. 26 D. de usu et usufr. (33, 2) L. 64 D. de factis (47, 2). L. 1. 2 C. commun. de leg. (6, 43.) (Beim Legat persönlicher Servituten cedirt

Ein Legat ist unwirksam, wenn seiner Erwerbung, der Existenz der Forderung ein Hinderniß entgegensteht, z. B. wenn die Sache dem Legatar schon gehört,[aaa]) oder wenn der Legatar der Potestas der Erben unterworfen ist.[bbb]) Hier gilt die regula catoniana: ein Legat, das unwirksam gewesen wäre, wenn der Testator gleich nach der Errichtung gestorben wäre, ist nicht gültig, wann er auch gestorben seyn mag.[ccc]) Diese Regel geht nur auf die, welche zu jener Zeit erworben werden, also nicht auf bedingte.[ddd])

III. Die Aufhebung der Legate geschieht 1) durch den Willen des Testators, ademtio.[eee]) Nach altem Recht in derselben Form, wie es errichtet wurde, z. B. fundum neque do neque lego.[fff]) Oder durch Ausstreichen in der Urkunde.[ggg]) Auch mit Substitution eines andern Vermächtnisses, translatio z. B. quod Seio legavi id Titio do lego.[hhh]) 2) Außer

---

der dies nicht einmal vor dem Antritt der Erbschaft, weil ein solches Legat nicht auf die Erben transmittirt wird. Dig. VII. 3 quando dies ususfructus legati cedat. R.)

aaa) §. 10 Inst. de legat. (2, 20): si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius amplius eius fieri non potest (§. 14 Inst. de act. 4, 6) et licet alienaverit rem, non debetur nec ipsa res nec aestimatio eius.

bbb) Gaius II. 244. §. 32 Inst. de legat. (2, 20.)

ccc) L. 1 D. de regula catoniana (34, 7): Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Arndts Rhein. Mus. V. 9 (1833).

ddd) Gaius II. 244. §. 32 Inst. de legat. (2, 20.) L. 1 pr. §. 1. 2 D. eod.

eee) Inst. II. 21 de ademtione et translatione legatorum. Dig. XXXIV. 4 de adimendis vel transferendis legatis.

fff) Ulpian. XXIV. 29.

ggg) Dig. XXVIII. 4 de his, quae in testamento delentur, inducuntur, inscribuntur.

hhh) (Paulus stellt ein der Novatio durch Nominum Obligatio ähnliches Schema auf: transscriptio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est, trans-

dem Widerruf heißt die Aufhebung extinctum legatum. Sie tritt unter andern ein mit Aufhebung des Testaments und durch Nichtwollen des Legatars. Denn wenn es gleich ohne dessen Willen erworben wird, so doch nicht wider seinen Willen.[iii])

IV. Beschränkung der Legate. Nach der Lex Furia soll niemand mehr als 1000 Asses Legat erhalten,[kkk]) exceptis quibusdam personis: Verwandter bis zum sechsten Grad einschließlich des sobrino natus.[lll]) Wer ein höheres Legat annimmt restituirt das Vierfache.[mmm]) Das Gesetz ist zugleich zu Gunsten der Erben und der exceptae personae gegeben und die erste Berücksichtigung der natürlichen Verwandten bey der Erbfolge.

Die strenge Beschränkung der Lex Furia wurde gemildert durch eine Lex Voconia 585 bey denen, die in der ersten Classe (mit wenigstens 100,000 Asses) censirt sind. Der Testator war nicht mehr auf gewisse Summen beschränkt, nur darf kein Legat Mehr betragen, als der Erbe erhält.[nnn])

Diese Bestimmungen wurden aufgehoben durch die Lex Falcidia 714.[ooo]) Die Möglichkeit Legate zu geben, sollte

---

fertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, — aut quod pure datum est, transfertur sub conditione L. 6 pr. D. de adim. [34, 4.] R.)

iii) Gai. III. 195. L. 81 §. 6 L. 86 §. 2 D. de leg. I (30).

kkk) Varro lib. III de vita pop. rom. (I. 247 bip.): plebisque scito cautum ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mile. Cic. p. Balb. 8 in Verr. I. 42. Gai. II. 225.

lll) Vat. fragm. §. 301. Ulpian. XXVIII. 7.

mmm) Ulpian. §. 2. Gai. IV. 23. 24.

nnn) Cic. in Verr. I. c. 43. Gai. II. 226.

ooo) Gai. II. 227. Paul. sent. III. 8. Inst. II. 22. Dig. XXXV. 2. Cod. VI. 50 ad legem falcidiam. (Die äußere Veranlassung gaben die Kosten des Krieges gegen Sextus Pompejus, zu deren Bestreitung eine Erbschaftssteuer auf testamentarische Erbschaften ausgeschrieben wurde, Appian. b. c. V. 67, um diese Steuer gegen die Gefahr des Ausschlagens der testamentarischen Erbschaften zu sichern wurde die Lex gegeben, in welcher die Gewährung größerer Legatfreiheit die gehässige Maßregel annehmlicher machen sollte. R.)

allerdings eine Gränze haben, damit nicht die Weigerung der Erben, die Erbschaft anzutreten, die Legate selbst gefährdete, also im Interesse der Legatarien und der Erben. Diese Schranke wurde aber so festgesetzt, daß sie einerseits diesem Zweck vollkommen entspricht, mehr als jene früheren Gesetze, andererseits aber dem Testator noch einen sehr freien Spielraum läßt: Ein Dodrans des Vermögens kann in Legaten gegeben werden (wie viele Legate angeordnet worden sind ist gleichgültig), ein Quadrans soll dem Erben unbeschwert bleiben. Der Abzug geschieht von jedem Legat pro rata. Dieß ist die Quarta Falcidia.[ppp]) Nach der Lex Julia vicesimaria hatte der Staat ein unmittelbares Interesse an der Aufrechthaltung der Testamente, also an der Beobachtung der Lex Falcidia. Daher war nach den römischen Juristen kein Verbot des Abzugs gültig; durch Justinian wurde es möglich gemacht.[qqq])

CCCXXII. Eine später aufgekommene, ohne Zweifel durch die Schranken der Legate veranlaßte Form der Vermächtnisse waren die Fideicommisse.[a]) In der zweiten Periode

---

ppp) Die Worte finden sich in L. 1 pr. D. ad l. falc. (35, 1): lex falcidia — primo capite liberam legandi facultatem dedit his verbis: qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet ius potestasque esto ut hac lege sequenti licebit. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: quicunque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam (Gai. II. 226) cuique civi romano pecuniam iure publico (§. 306 a. g) dare legare volet ius potestasque esto: dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis quibus quid ita datum legatum est eam pecuniam sine fraude sua (Note mmm) capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus est, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est. Ueber die Berechnung siehe Puchta Pandekten §. 546.

qqq) Nov. 1 c. 2. Nov. 119 c. 11.

a) Gai. II. 246—267. Ulpian. XXV. Paul. IV. 1. Inst. II. 24 de

kam es auf, daß der Testator seinem Erben ohne weitere Form ein Vermächtniß auferlegte, indem er ihn bat, jemanden etwas zu geben oder zu überlassen,[b]) non civilibus sed precativis verbis.[c]) Daher heißt die Anordnung fidei alicuius committere, der Belastete fiduciarius, der Honorirte fideicommissarius. Dieses fidei committere wird entgegengesetzt dem directo iure relinquere. Ursprünglich entstand kein rechtlicher Anspruch gegen den Erben daraus, es beruhte lediglich auf Redlichkeit und Pietät des Onerirten.[d]) Später aber wurde es klagbar durch extraordinaria cognitio, zuerst unter August, der den Consuln diese Cognitio auftrug, nachher trat auch neben die Consuln ein eigner praetor fideicommissarius.[e]) August selbst hatte den Vorgang gemacht, als Erbe des Lucius Lentulus.[f])

Es war ein bedeutender Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen.[g]) Allmählich aber hatten sie sich in der dritten Periode in vielen Punkten genähert, so daß schon Ulpian sagen

---

singulis rebus per fideicommissum relictis. 25 de codicillis. Cod. VI. 42 de fideicommissis.

b) Cic. de fin. II. 17. (Dazu: Gai. II. 274.)

c) Ulpian. XXV. 1: fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. 2: verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia. Paul. IV. §. 4—6. 11. §. 3 Inst. de sing. reb. (2, 24.)

d) Cic. de finib. II. 18: si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae nec usquam id scripserit, nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes — ut Sex. Peducaeus — cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio — ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hereditatemque reddidit.

e) Gai. II. 278. 279. Ulpian. XXV. 12. Sueton. Claud. c. 23. §. 1 Inst. de fid. hered. (2, 23.) L. 2 §. 32 D. de O. I. (1, 23.) (Die Consuln in größeren, die Prätoren in geringeren Sachen Quintil. III. 6: non debes apud praetorem petere fideicommissum sed apud consules, maior enim praetoria cognitione summa est. R.)

f) pr. Inst. de eod. (2, 25.)

g) Gaius II. 268—289. Ulpian. XXV. 1—13.

konnte, in den meisten Punkten seyen beide ausgeglichen. Vollständig geschah dieß erst in der vierten Periode.[h])

1) Die Anordnung der Fideicommisse kann ohne alle Form geschehen. Mündlich durch beliebige Erklärung, auch durch bloßen Wink.[i]) Schriftlich durch einen Brief an die Erben, Billet, codicilli, an die testamentarischen Erben sowohl durch testamento confirmati, als non confirmati, an die Intestaterben durch Intestatcodicille.[k]) Sie können ohne alle Form errichtet werden, nur ist Gewißheit des Willens nothwendig. Diese Codicille erhielten eben durch August eine rechtliche Bedeutung, den testamento confirmati wurde sogar die Eigenschaft beigelegt, daß Legate darin möglich waren. Schon damals war diese Bestimmung so befestigt, daß auch Labeo Codicille hinterließ.[l]) — Die Anordnung des Fideicommisses konnte indessen auch im Testament geschehen, auch vor der Erbeinsetzung.

2) Der Onerirte kann jeder seyn, der vom Erblasser etwas erhält: die Erben, testamentarische und Intestaterben (nur Fähigkeit des Erblassers zum Testiren vorausgesetzt), Legatarien, Fideicommissarien.[m])

3) Honorirt konnte ursprünglich auch ein Unfähiger werden, es war keine Testamentifactio erforderlich, denn der Honorirte erhält nichts ex testamento, sondern vom Onerirten. Also Peregrinen, Latini Juniani, Frauenspersonen gegen die Lex Voconia; ferner incertae personae, posthumi alieni, cae-

---

h) L. 1 D. de leg. I (30) (Ulpian.): *Per omnia* exaequata legata fideicommissis.

i) Ulpian. XXV. 3: etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est.

k) Gaius II. 270 a. 273. Ulpian. XXV. 8. §. 1 Inst. de codic. (2, 25.) L. 8 pr. D. de iure cod. (29, 7.)

l) pr. Inst. de cod. (2, 25): post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

m) Paul. IV. 1 §. 1—3. §. 1 Inst. de sing. reb. (2, 24.)

libes und orbi. Dieß wurde schon in der dritten Periode geändert, durch das S. C. pegasianum, welches die Bestimmungen der Lex Julia und Papia darauf anwendete. Durch das S. C. unter Hadrian wurden Peregrinen für unfähig erklärt, das Hinterlassene vindicirte der Fiscus. Ebenso durch ein Senatusconsult unter Hadrian incertae personae.[n]) Daher konnte Ulpian sagen: fideicommisso dari potest his quibus et legari potest, mit Ausnahme der Latini Juniani.[o])

4) Die Wirkung ist immer nur eine Forderung gegen den Onerirten (kein Eigenthum ipso iure).[p]) Bey der Beurtheilung dieser Obligatio wurde aber nicht streng juristisch verfahren, sie war eine extraordinaria cognitio, bey der Vieles vom Ermessen des Magistrats abhieng. Daher konnte denn auch Sclaven, ja fremden Sclaven die Freiheit hinterlassen werden.[q]) Wenn fremde Sachen hinterlassen sind und der Onerirte kann sie nicht bekommen, so glaubten Einige, der Honorirte könne nichts, andere, er könne die Aestimation fordern.[r]) Letztere Meinung ist im justinianischen Recht recipirt. Fideicommisse erhalten bey Mora ein augmentum durch Früchte und Zinsen, Legate nicht.[s]) Bey Fideicommissen findet Zurückforderung des irrig zu viel Bezahlten Statt, bey Legaten nicht.[t])

5) Die Aufhebung ist ohne alle Form möglich. Auch stillschweigend, z. B. durch Todfeindschaft, die nachher entstanden ist, wird das dem „pessimus libertus" ausgesetzte Fideicom-

---

n) Gaius II. 284—287.

o) Ulpian. XXV. 6.

p) Paul. sent. IV. 1. 16: ius omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit.

q) Gaius II. 263—283. Ulpian. XXV. 18. Savigny System II S. 146.

r) Gaius II. 262.

s) Gaius II. 280. Cod. VI. 47 de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum.

t) Gaius II. 283. Ulpian. XXIV §. 33 (vgl. §. 321 r).

miß aufgehoben.[u]) In der dritten Periode schon ist dieß übergegangen auf Legate, aber nur durch Exceptio Doli.[v])

6) Fideicommisse waren der Lex Falcidia nicht unterworfen, weil sie damals noch nicht verbindlich waren für die Erben. Aber bald wurde jene auch auf sie erstreckt, durch S. C. pegasianum unter Vespasian.[w])

CCCXXIII. Die Söhne Constantin's hoben die Nothwendigkeit bestimmter Formeln bey den Legaten auf, wie bey der Erbeinsetzung.[a]) Dessenungeachtet wurden noch immer Legate und Fideicommisse unterschieden, auch in den Wirkungen; soweit nicht schon früher eine Ausgleichung eingetreten war. Wie unterschied man nun beide? 1) Nur einem testamentarischen Erben kann ein Legat aufgelegt werden, also alle andern Personen aufgelegte Vermächtnisse sind Fideicommisse. 2) Bey den Legaten unterschied man, ob verba directa oder precativa gebraucht waren, was eigentlich inconsequent war, da es ja eben auf die Worte nicht mehr ankommen sollte. Justinian hat endlich alle Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen aufgehoben.[b]) Daher wird in L. 1 D. de leg. I. (30) (Ulpian.) gesagt: *per omnia* exaequata sunt legata fideicommissis. Also gab es fortan nur Ein Vermächtniß. Dieß Vermächtniß wird nun noch theils legatum, theils fideicommissum genannt, ein bloß conventioneller Sprachunterschied, jenem Herkommen gemäß. Jedes Vermächtniß soll als Legat und Fideicommiß beurtheilt werden. Die günstigeren Rechtssätze wurden von jedem auf das Andere übertragen.

Dieß gilt nur von einem Punkt nicht, nämlich von der Form der Errichtung. Nach altem Recht wurden die Fideicom-

---

u) L. 29 D. de adim. leg. (34, 4.) (Rudorff, Testament des Dasumius, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XII S. 370. 381. R.)

v) L. 3 §. 11 L. 13 D. de adim. leg. (34, 4.) *w*) Gai. II. 254.

a) L. 15 C. de testam. (6, 23.)

b) L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43.)

misse ohne Form errichtet. Nach neuerm Recht ist für alle Vermächtnisse eine Form vorgeschrieben, sie konnten nur errichtet werden: 1) in Testamenten, 2) in codicillis testamento confirmatis, ohne weitere Form, 3) in selbstständigen Codicillen, d. h. in codicillis non confirmatis und Intestatcodicillen. Für diese schrieb Constantin 7 oder 5 Zeugen vor, wie bey den Testamenten jener Zeit,[c]) Theodosius 5 Zeugen. Die Errichtung konnte mündlich und schriftlich geschehen, bey letzterer war Unterschrift der Zeugen[d]) und des Testators nothwendig.[e]) 4) Doch giebt es auch eine formlose Errichtung eines Vermächtnisses, wenn seine Existenz von dem Honorirten auf den Eid des Onerirten gestellt wird.[f])

CCCXXIV. Jeder Vermächtnißnehmer ist Singularsuccessor. Dieß tritt am entschiedensten hervor, wenn eine einzelne Sache, oder ein einzelnes Recht, überhaupt ein einzelnes Stück des Vermögens Gegenstand des Vermächtnisses ist, oder auch eine größere Anzahl solcher Stücke: Singularvermächtniß.[a]) Ein solcher Vermächtnißnehmer unterscheidet sich von dem Erben auch in dem Gegenstand. Aber es kann durch Vermächtniß auch eine Quote der Güter, oder alle Güter zugewendet werden: Universalvermächtniß.[b]) Dieß Vermächtniß kommt in dem Gegenstand mit der Erbfolge überein. Seine rechtliche Natur hat sich folgendermaßen entwickelt.

Ein Universalvermächtniß kommt im römischen Recht vor:

1) als Legat. Ein Legat, durch welches ein quoter Theil der Erbschaft hinterlassen wird, heißt partitio, die ganze Erbschaft kann nicht durch Legat hinterlassen werden, weil sonst

---

c) L. 1 C. Th. de testam. (4, 4.)

d) L. 7 C. Th. eod. L. 8 §. 3 C. de codicillis (6, 36).

e) L. 28 §. 1 C. de testam. (6, 23.)

f) L. 32 C. de fideic. (6, 42.) §. 12 Inst. de fideic. hered. (2, 23.)

a) Inst. II. 24 de singulis rebus per fideicommissum relictis.

b) Gai. II. 247—259. Inst. II. 23 de fideicommissariis hereditatibus.

kein Erbe möglich wäre:[c]) Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito. Hier ist die Hälfte legirt, der Theil kann aber auch bestimmt seyn.[d]) Nach der Meinung der Sabinianer erhielt der Vermächtnißnehmer die Aestimation, nach der der Proculianer die Quote der einzelnen Sachen selbst, wie ein Miterbe. Später entschied man sich weder unbedingt für die eine, noch für die andere Ansicht, doch mehr für die der Sabinianer. Man nahm an, der Anspruch gehe auf Theilung der Erbschaft, das Wie stehe im Ermessen des Erben; es komme auf die bequeme Theilbarkeit der Sachen an, der Erbe könne auch die Sachen überhaupt theilen, ohne Theilung der einzelnen.[e]) — Bey diesem Vermächtniß blieb man nun streng bey dem Grundsatz stehen, daß ein Legatar bloßer Singularsuccessor sey. Daher findet kein Uebergang der Forderungen Statt, der Erbe hat den Werth zu prästiren oder zu cediren. Ebenso kein Uebergang der Schulden. Der legatarius partiarius kann nicht von den Gläubigern belangt werden. Daher geschehen zwischen Erben und Legatar stipulationes partis et pro parte, 1) der Erbe verspricht alles noch Einkommende pro rata mitzutheilen, 2) der Legatar, dem Erben den Nachtheil pro rata zu ersetzen.[f]) Dieses Partitionslegat giebt es im justinianischen Recht nicht mehr, alle Universalvermächtnisse werden wie Universalfideicommisse behandelt.

2) als Fideicommiß, Universalfideicommiß, fideicommissum hereditatis, im Gegensatz zu fideicommissum singularum rerum, fideicommissaria hereditas, im Gegensatz zur directa. Hier kann nicht bloß eine Quote, sondern auch die ganze Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses seyn, die durch den Fi-

---

c) (Ueber einen andern Grund vgl. §. 308 s. R.)

d) Ulpian. XXIV. 25.

e) L. 26 §. 2 L. 27 D. de leg. I (30).

f) Ulpian. XXV. 15. (Die partis stipulatio ist die Stipulation des Legatars, die pro parte [indemnem oder fore defensum iri] die des Erben. R.)

duciar hindurch geht und also mittelbar an den Fideicommissar kommt. — Auch hier wurde anfangs streng der Satz aufrecht erhalten, daß ein Vermächtnißnehmer bloßer Singularsuccessor sey, mit den obigen Folgen. Daher sind auch hier stipulationes nöthig bey der Restitution. Diese Stipulation geschieht wie beim Verkauf einer Erbschaft (daher geschah wohl auch die Restitution in der Form eines Verkaufs, nummo uno), stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis.[g])

Unter Nero wurde durch das S. C. trebellianum[h]) bestimmt: wenn dem Fideicommissar die Erbschaft dem Willen des Testators gemäß restituirt wird, so soll er, soweit er sie erhält, auch als Erbe behandelt, die Klagen ihm und gegen ihn als utiles gegeben werden. Der Erbe war frey, daher jene Cautionen nicht mehr nöthig.

Hierauf wurde das S. C. pegasianum gegeben,[i]) durch welches der Abzug der Falcidia bestimmt wurde (§. 322 w). Wenn nun der Erbe ex S. C. pegasiano restituirt d. h. wenn ihm das Viertel nicht freigelassen ist, so findet keine Anwendung des S. C. trebellianum Statt. Der Fideicommissar wird wie ein legatarius partiarius behandelt und stipulatio quasi partis et pro parte[k]) geschlossen.

Das Resultat für die Zeit der römischen Juristen ist: 1) ist

---

g) Gai. II. 252. Vgl. §. 313 l.

h) Paul. IV. 2. Dig. XXXVI. 1. Cod. VI. 49 ad senatusconsultum trebellianum. Die Worte in L. 1 §. 2 D. eod. lauten: cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur potius quam cuique periculosam esse fidem suam, placet [ut] actiones quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.

i) Paul. IV. 3 de senatusconsulto pegasiano.

k) Gaius II. 254.

ein Viertel freigelassen, so erfolgt Restitution ex S. C. trebelliano, 2) ist dieß nicht geschehen, ex S. C. pegasiano mit Stipulationen. Dieß gilt aber auch wenn der Erbe keinen Abzug machen will, dann treten ein die stipulationes quasi emtae et venditae hereditatis.[l]) Doch hat er in diesem Fall noch ein besseres Mittel, indem er nicht antritt, sondern sich durch einen Befehl von Seiten des Prätors auf Verlangen des Fideicommissars zum Antritt zwingen läßt. Hier hat der Antritt ipso iure keinen Nachtheil für ihn, er wird activ und passiv so betrachtet, wie wenn nicht er Erbe wäre, sondern der Fideicommissar.[m])

Justinian verordnete: wenn der Erbe nicht mehr, als der Erblasser aufgetragen, restituirt, so soll die Restitution stets ex S. C. trebelliano geschehen. Eben so aber auch, wenn er mit Abzug der Quart restituirt, daher diese bey den Neueren Trebellianische Quart genannt wird. Er kann aber auch gezwungen werden, mit jener Folge.[n])

Durch das S. C. trebellianum ist dem Universalfideicommiß eine dem Erbrecht analoge Wirkung beigelegt worden. Der Fideicommissar wird als Universalsuccessor behandelt, sein Recht ist durch eine fideicommissaria hereditatis petitio geschützt.[o]) In Beziehung auf Errichtung und Erwerbung aber wird das Universalfideicommiß noch ganz wie ein Vermächtniß behandelt. Die fideicommissaria hereditas ist ein vermitteltes Erbrecht.

Mortis Causa Capiones.

CCCXXV. Das Vermächtniß ist eine Gabe aus der Erbschaft, oder die der Vermächtnißnehmer wenigstens von dem

---

l) Gai. II. 255—257. Ulpian. XXV. 14. §. 6 Inst. de fid. hered. (2, 23.)

m) Gai. II. 258. 259. Paul. IV. 4 de repudianda hereditate.

n) §. 7 Inst. de fideicommissariis hered. (2, 23.)

o) Dig. V. 6 de fideicommissaria hereditatis petitione.

Erben oder Vermächtnißnehmer, nachdem diese es geworden sind, erhält.

Nun giebt es aber noch andere Zuwendungen, die von dem Tod des Gebers abhängen, die man occasione hereditatis erhält: mortis causa capiones.[a])

Eine solche ist z. B. die mortis causa donatio (Bd. II §. 205). Sie kommt nicht aus der Erbschaft, ist daher kein Vermächtniß. Diese mortis causa donationes sind späterhin in den meisten Stücken den Vermächtnissen gleichgestellt worden. So wurden durch ein Senatusconsult die Bestimmungen der Lex Julia darauf ausgedehnt,[b]) auch die Lex Falcidia[c]) und andere materielle Vorschriften über Vermächtnisse darauf angewendet.[d]) — Justinian endlich stellte sie auch in der Form den Vermächtnissen gleich, indem er die Codicillarform vorschrieb: Zuziehung von fünf Zeugen.[e]) Im Testament können sie nicht gegeben werden, weil der in der Schenkung liegende

---

a) L. 31 pr. D. de mortis causa donationibus et capionibus (39, 6): mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obveuit: exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur: certe enim et qui hereditatis aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem: sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur ideo ab hac definitione separantur. (Der Begriff entstand durch die Bestimmung der Lex Furia, welche das legatorum *mortisve causa capere* über 1000 Asse verbot Gai. II. 225, und wurde durch die successiven Capacitätsbestimmungen der Lex Voconia Gai. II. 226 ne cui plus legatorum nomine *mortisve causa capere* liceret, quam heredes caperent [vgl. die Sacralpflicht dessen, qui *morte* testamentove tantundem *capiat*, quantum omnes heredes Cic. de leg. II. 19], der Lex Falcidia §. 321 ooo, der Lex Junia Gai. I. 23. II. 100 und der Lex Julia und Papia Poppäa ausgebildet. Im Sinne des letzten Gesetzes wurde auch die pro herede usucapio als mortis causa capio betrachtet. L. 4 D. pro herede [41, 5]. R.)

b) L. 9. 22. 35 pr. D. eod.

c) L. 5 C. ad l. falc. (6, 50) L. 2 C. de don. c. m. c. (8, 57.)

d) Puchta Pandekten §. 552.

e) L. 4 C. de donat. causa m. (8, 57.)

Vertrag eine Unterbrechung der unitas actus herbeiführen und dadurch das Testament ungültig machen würde.

Caduca und Ereptoria.

CCCXXVI. Wenn etwas gültig hinterlassen ist, so daß es von dieser Seite iure civili d. h. nach altem ius civile, ius antiquum, im Gegensatz zu den neuern singulären Gesetzen, namentlich der Lex Julia und Papia, erworben werden kann, und es wird aus irgend einem Grund nicht erworben, so heißt es caducum. Dahin gehört sowohl Erbeinsetzung als Vermächtniß.[a]) Vorausgesetzt wird indeß, daß dadurch nicht das ganze Testament wegfällt und die Intestaterbfolge eintritt. Dann ist es nämlich nicht caducum, denn es fällt die Delation selbst weg und wird für nicht geschehen erachtet. So wenn der heres ex asse die Erbschaft ausschlägt. Wenn aber der heres pro parte ausschlägt, oder vor der Erwerbung stirbt, so wird die Quote caduc.[b]) Was gleich ungültig hinterlassen oder vom Testator widerrufen ist, wird nicht caducum. Daher sind den caduca entgegengesetzt ea quae pro non scriptis ha-

---

a) Ulpian. XVII. L. un. C. de caducis tollendis (6, 51). (Franke Beiträge [1828] S. 112 ff. Rudorff, über die caducorum vindicatio [Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. VI. 6 (1828)]. Baumeister, das Anwachsungsrecht der Miterben nach röm. Recht [1829]. Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrechte [1835]. Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Julia und Papia [1837]. [Dazu die Rec. von Huschke in Richter's Jahrb. 1838 S. 314 ff.] Danz, Lehrbuch II. 71–81. R.)

b) Ulpian. XVII. 1: quod quis sibi testamento relictum ita ut iure civili capere possit aliqua ex causa (d. h. alia qua ex causa, einem nicht schon im alten Civilrecht anerkannten Grund der Unfähigkeit. R.) non ceperit caducum appellatur, veluti cecidit ab eo: verbi gratia si coelibi vel latino iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit vel latinus ius quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregre factus sit. vgl. Ulpian. I. 21.

bentur.[c]) 3. B. ex S. C. liboniano, was jemand sich selbst schreibt.[d])

Es giebt zwey Arten von Caducum im allgemeinen Sinn: 1) Caducum im eigentlichen Sinn, wenn jener Umstand, der die Capio hindert, nach dem Tod des Testators eintritt oder sich entscheidet. So Tod des Bedachten vor Eröffnung des Testaments, Nichtexistenz der Bedingung, Repudiation, Cölibat und Orbität, überhaupt alles was gegen die Lex Julia und Papia streitet. 2) in causa caduci, schon vor dem Tod des Testators: Tod des Honorirten, Deficienz der Bedingung.[e])

Dieser Begriff der Caduca ist besonders von Bedeutung durch die Lex Julia und Papia, welche das Schicksal dieser Caduca auf eine vom Jus civile abweichende Weise bestimmt hat.

Nach dem Recht vor der Lex Julia und Papia, iure antiquo, iure civili in diesem Sinne, fällt das Caducum vor allem an den Substituten, wenn ein solcher ernannt ist, vielmehr bewirkt dieser eigentlich, daß es nicht Caducum wird.[f]) Sodann aber tritt bey einem ausfallenden Erbtheil Accrescenz an die Miterben ein. Der Grundsatz ist: die erhalten den Erbtheil, welche ihn gehabt hätten, wenn das Wegfallende gar nicht existirt hätte. Dieß können Alle seyn, nach Verhältniß ihres Erbtheils, aber auch nur Einer von Mehreren, wenn

---

c) Dig. XXXIV. 8 de his, quae pro non scriptis habentur.

d) L. 1 D. eodem.

e) L. un. §. 2 C. de cad. toll. (6,51): vel vivo testatore — relictum expirabat — quod veteres appellabant in causa caduci, vel mortuo iam testatore — deficiebat, quod aperta voce caducum nuncupatur.

f) L. un. pr. C. eod.: ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca et si facta sint ad certas personas recurrere disponerent: vias recludentes, quas lex papia posuit in caducis: quod et nos fieri concedimus.

zwey coniuncti eingesetzt sind.[g]) Caduke Vermächtnisse werden nicht prästirt, bleiben also bey der Erbschaft und dem Onerirten. In gewissen Fällen tritt eine Accrescenz ein (§. 320). Die Accrescenz ist bey Legaten schon ihrer Natur nach beschränkt, alle Erben sind coheredes, nicht alle Legatarien collegatarii.

Nach dem Recht der Lex Papia dagegen haben nur gewisse Personen das ius antiquum: 1) der Substitut, der eigentlich die Caducität hindert (Note f), 2) Ascendenten und Descendenten des Erblassers bis zum dritten Grad, die im Testament bedacht sind, wenn also ihnen nach dem ius antiquum das Ausfallende gebührt, so findet Accrescenz und Behalten des Onus Statt.[h])

Außerdem ist das Jus antiquum ausgeschlossen und es tritt ein vindicare caducum ein. Dieß Recht haben:

1) die patres, d. h. die im Testament bedachten, welche Kinder haben, qui in eo testamento liberos habent. Dieß Recht heißt ius patrum.[i]) Zuerst haben es die Erben, dann die Legatarien. Der collegatarius coniunctus i. e. verbis coniunctus geht allen, Erben und Legatarien, vor. Hier denn auch nach der bey den römischen Juristen herrschenden Ansicht bey dem legatum per damnationem.[k])

2) Nach diesen das Aerarium. Nach einer Constitution des Caracalla allgemein der Fiscus.[l]) Es entsteht die Frage:

---

g) L. 63 D. de her. inst. (28, 5.)

h) Ulpian. XVIII.: liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex papia ius antiquum dedit, ut heredibus illis institutis quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte prout pertinere possit. L. un. pr. C. de cad. toll. (6, 51.)

i) Fragm. de iure fisci §. 3. Iuvenal. sat. IX. 88.

k) Gaius II. 206. 207. 286. Ulpian. I. 21. XXV. 17.

l) Ulpian. XVII. 2: hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur sed servato iure antiquo liberis et parentibus.

wurde das Recht der patres dadurch aufgehoben? Viele glauben dieß: omnia caduca fisco vindicantur. Aber die Stelle kann sehr wohl bloß von der Veränderung mit dem Staatsschatz verstanden werden, schon vorher trat wahrscheinlich in manchen Fällen der Fiscus an die Stelle des Aerars, z. B. in einer provincia Caesaris. Andere Gründe für die Fortdauer des ius patrum sind nicht stichhaltig. So, daß Ulpian selbst vom ius patrum spricht. Denn es geziemte sich, jedenfalls das frühere Recht vorzutragen, da die Verordnung von Caracalla möglicherweise eine vorübergehende Finanzspeculation seyn konnte. Ferner daß in den fragmenta de iure fisci ius patrum und fiscus neben einander vorkommen.[m]) Dieß konnte schon vor Caracalla wahrscheinlich eintreten, z. B. in den Provinciae Cäsaris, und nicht unwahrscheinlich auch nach Caracalla, wo eben das ius patrum wiederhergestellt war.[n])

Der Delator bekommt einen Theil, wenn Aerar oder Fiscus vindicirt.[o]) Nero hat ihn auf ein Viertel gesetzt.[p]) Auch der Verlierende selbst erhält die Hälfte ex edicto D. Traiani.[q]) Unterlassung der Anzeige ist mit Strafe bedroht. Wer ein caducs Vermächtniß auszahlt verliert das seinige zur Strafe.[r])

---

m) Fragm. de iure fisci §. 3: ius patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id quod relictum est, capere non potest. sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.

n) Dio Cass. LXXVIII. 12.

o) Tac. annal. III. 19.

p) Suet. Nero 10.

q) L. 13 D. de iure fisci (49, 14). Fragm. de iure fisci §. 1—3.

r) Ulpian. XXV. 17. L. 59 §. 1 D. ad l. falc. (35,2) L. 3 pr. §. 3 de iure fisci (49, 14). (Schon wer sich insgeheim verpflichtet, einem Incapax zu zahlen, verliert im Fall der Entdeckung das ius caduca vindicandi und die Falcidia. Eine solche Verpflichtung nannte man im Gegensatz des offenen Testaments in fraudem legis tacitam fidem accommodare, weil sie in einer Syngrapha übernommen zu werden pflegte. R.)

Die Vindicanten müssen das Onus des Caducum übernehmen.[s])

Justinian hat das vindicare caducum aufgehoben, und das ius antiquum allgemein wieder eingeführt.[t]) Bey Erben ist es wie nach altem Recht. Bey Vermächtnissen tritt Accrescenz ein unter folgenden Voraussetzungen. Wer als Legatar dadurch verkürzt ist, daß noch ein Anderer ernannt ist, dem accrescirt, wenn dieser wegfällt. Daher geschieht dieß nicht bey bloßen verbis coniuncti (Lucius und Titius sollen jeder die Hälfte der Sache haben). Nur dann also wenn mehrere denselben Gegenstand erhalten sollen, re coniuncti, mögen sie verbis coniuncti oder disiuncti seyn.[u])

Es giebt auch Fälle, wo einem Erben oder Vermächtnißnehmer das Erworbene entzogen wird, weil er dessen unwürdig ist, ut indigno aufertur, ereptorium.[v]) Es wird regelmäßig dem Fiscus vindicirt, zuweilen auch andern Personen. Dieß ist auch im justinianischen Recht geblieben z. B. wenn der Erbe contra S. C. silanianum die Erbschaft antritt.[w]) Die Fälle sind sehr mannigfaltig.[x])

---

s) Ulpian. XVII. 3: caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius personâ hereditas caduca facta est, salva sunt. Scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca.

t) L. un. C. de cad. toll. (6, 51.)

u) §. 8 Inst. de legat. (2, 20.) L. un. §. 11 C. de cad. toll. (6, 51.)

v) Ulpian. XIX. 17: lege nobis adquiritur velut caducum vel *ereptorium* (Lachmann, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IX. S. 201) ex lege papia poppaea.

w) Paul. III. 5. Dig. XXIX. 5 de senatusconsulto silaniano et claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

x) Dig. XXXIV. 9 de his quae ut indignis auferuntur. Cod. VI. 35 de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad senatusconsultum silanianum. Puchta Pandekten §. 559.

Zwölftes Kapitel.

Die Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht.

CCCXXVII. Das Vermögen einer Person kann als Ganzes auf einen Andern übergehen, adquisitio per universitatem, vermöge eines Rechts an der natürlichen Person, so der Potestas bey der Arrogation,[a]) bey der Entstehung der Sclaverey ex S. C. claudiano,[b]) bey der Erwerbung der Manus.[c]) Hier entsteht kein besonderes Recht am Vermögen, das Recht ist in der Potestas 2c. enthalten, welche bewirkt, daß der Unterworfene kein selbstständiges Vermögen mehr haben kann. Anders ist es, wenn eine successio per universitatem ohne eine solche Gewalt eintritt, wo also die Person des bisher Berechtigten in dem Vermögen nur als juristische fortgedacht wird. Hier entsteht ein Recht am Vermögen. Dieß ist der Fall bey der Erbfolge, so auch bey andern Successionen, theils

a) Inst. III. 10 de adquisitione per arrogationem.

b) Inst. IV. 12 de successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsulto claudiano. Cod. VII. 24 de senatusconsulto claudiano tollendo.

c) Gai. III. 82—84. IV. 80. 81.

in das Vermögen eines Verstorbenen, theils eines Lebenden. Die wichtigeren Fälle sind folgende:

1) das Recht an den bona vacantia.[d] Bona vacantia, erblose Güter sollen nach der Lex Julia an das Aerar fallen,[e] später an den Fiscus,[f] der Fiscus wird ausgeschlossen von den Besitzern der Sachen durch praescriptio quadriennii, von der Zeit der Erblosigkeit.[g] Sodann haben noch manche andere Personen das Recht in gewissen Fällen dem Fiscus vorzugehen.[h] Der Fiscus ist loco heredis, ist zu den Vermächtnissen verpflichtet.[i] Verkauft er die Güter im Ganzen, so hat der bonorum emtor dieselbe Stellung.[k]

2) das durch addictio bonorum libertatum servandarum causa entstehende Recht.[l] Wenn ein Testator Freiheiten ertheilt durch Legat oder Fideicommiß, und es wird niemand Erbe suspecta hereditate, und die Gläubiger verkaufen die Erbschaft, so haben jene Vermächtnisse keine Wirkung. Um dieß zu hindern kann einer der interessirten Sclaven oder ein Extraneus ex constitutione D. Marci jene addictio verlangen, gegen Caution durch Bürgen 1) daß er die Gläubiger ganz bezahlen, 2) daß er den übrigen die fideicommissarische Frei-

---

d) Cod. Theod. X. 8. Cod. X. 10 de bonis vacantibus (et de incorporatione) v. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß X. Num. 3. (Dazu Richter's Jahrb. I. S. 309 ff.) Schneider, Anwachsungsrecht (1837) S. 152 ff. Huschke in Richter's Jahrb. (1838) S. 320. 321.

e) Gai. II. 150. Ulpian. XXVIII. 7.

f) L. 96 §. 1 D. de leg. I (30).

g) Cod. VII. 37 de quadriennii praescriptione.

h) Cod. VI. 62 de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. Cod. Theod. V. 2 de bonis decurionum. 3 clericorum et monachorum. 4 de bonis militum.

i) Puchta Pandekten §. 564.

k) L. 54 pr. D. de hered. pet. (5, 3.) L. 1 C. de hered. vend. (4, 39.) Arndts, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XIX. 1.

l) Inst. III. 11 de eo, cui libertatis causa bona addicuntur. L. 2—4 D. de fideic. lib. (40, 5.)

heit geben wolle, die legata libertas tritt ipso iure in Wirksamkeit. Er wird dadurch wie ein Erbe Universalsuccessor.

3) das durch bonorum venditio entstehende Recht.

Wenn dem Staat die Güter einer Person anfielen, als Schuldner oder damnatus et proscriptus, so wurden die Quästoren eingewiesen. Diese proscribirten die Güter und verkauften sie sub hasta im Ganzen, der Verkauf hieß sectio, der Käufer sector. Dieß hieß publice vendere.[m]) Der Sector war Universalsuccessor iure civili und hatte ein Recht am Vermögen mit der Wirkung analog der hereditas. Der welcher publice bona kauft hat nur ein prätorisches Rechtsmittel, das interdictum sectorium. Dieß darf nicht wundern, giebt es ja überhaupt regelmäßig wegen eines ganzen Vermögens kein Rechtsmittel. Das Civilrecht kennt nur einen Fall, wo ein solches dringendes Bedürfniß stattfindet, bey der Hereditas.[n])

---

m) Gaius III. 154.

n) (Diese angeblich civilrechtliche Universalsuccession pflegt auf Varro de R. R. II. 10 dominum legitimum sex fere res perficiunt — cum in bonis sectioneve cuius publice venit gegründet zu werden. Allein die Stelle sagt nur, man könne vom Sector sicher kaufen, weil dieser den Staat als Gewähren hinter sich hat. [Bd. II §. 238 b. d. §. 241 i. k.] Daraus folgt jedoch weder, daß der Staat, noch daß der Sector dem Schuldner oder Proscribirten civilrechtlich succedirt, vielmehr ist das Verhältniß dieses: der Staat hat als Gläubiger, wie bei Proscriptionen ein Pignus an den bona, welches zugleich ein Verfolgungsrecht [persecutio] durch Tödtung oder Verkauf schon gesetzlich [§. 179 n. vgl. 241 l. L. 73 D. de furtis. 47, 2] in sich trug. Die Verfolgung überläßt er jedoch einem Publicanus, dieser Redemtor heißt sector, die concisio pignoris [omnium bonorum] heißt sectio, der Locationsvertrag: sectionem vendere [Cic. pro Rosc. Am. 29 nescimus, per ista tempora eosdem fere sectores fuisse collorum et bonorum? Paul. ex Festo v. sectio persecutio iuris Cic. ap. Gell. N. A. XIII, 24 sectionem — Cn. Pompeii sedente imperatore decemviri vendent. Caesar. bell. Gall. II. 33 sectionem eius oppidi universam Caesar vendidit. Vgl. Bd. II §. 179 n. z. qq. §. 238 d.]. Der Sector kauft also nur die Hypothek des Staats, wie der Bonorum Emptor die der Gläubiger, beide haben keine civilrechtliche Vindication, um sich den Besitz zu verschaffen und bedürfen daher wenn

Die bonorum venditio kommt aber auch privatim vor als Executionsmittel für die Gläubiger (Bd. II §. 179). Beim Leben des insolventen Schuldners oder nach dem Tod, wenn kein Erbe da ist.[o]) Hier ist der bonorum emtor Universalsuccessor, nicht nach Jus civile, aber nach prätorischem Recht, das ihm bonitarisches Eigenthum und die Klagen als utiles giebt. Für die Klagen giebt es eine doppelte Formel 1) serviana actio, der bonorum emtor klagte hier ficto se herede; 2) nach der Formel des Prätor Rutilius (des Urhebers dieser bonorum venditio) wie ein Procurator des vorigen Inhabers.[p]) Jene trat wohl mortuo, diese vivo debitore ein. Der bonorum emtor hatte auch ein interdictum adipiscendae possessionis, beim Privatverkauf hieß es possessorium, bey der Sectio sectorium.[q])

Die bonorum venditio hat in der vierten Periode aufgehört.[r]) Dagegen entstand noch ein Recht am Vermögen:

4) durch Confiscation der Güter eines Verbrechers.[s]) Nur war hier keine Haftung für die Schulden über die Masse hinaus.[t]) Auch der Emtor der confiscirten Güter ist Universalsuccessor.

---

der Schuldner sich der Apprehension widersetzt einer obrigkeitlichen, dem Salvianum verwandten Hülfe, welche ebendeshalb auch bei Gaius [Note q] mit diesem zusammengestellt wird. R.)

o) Gaius III. 77—81.

p) Gaius IV. 35.

q) Gaius IV. 145. 146.

r) pr. Inst. de succ. subl. (3, 12.)

s) Dig. XLVIII. 10 de bonis damnatorum C. IX. 49 Cod. Theod. IX. 42 de bonis proscriptorum seu damnatorum.

t) Puchta Pandekten §. 565.

Register

zur vierten Auflage des ersten und zweiten und zur dritten Auflage des dritten Theils.

Die römischen Zahlen bezeichnen den Theil, die arabischen den Paragraphen, die in Klammern eingeschlossenen die Seite, die kleinen Buchstaben die Noten zu den Paragraphen.

A. Namen- und Sachregister.

Das Zeichen * vor einem Worte deutet an, daß die neueren Juristen sich dieses Wortes als eines technischen zu bedienen pflegen.

A.

C.

D.

E.

G.

N.

O.

Q.

T.

V.

W.

Z.

B. Quellen-Register.

Es sind nur diejenigen Stellen darin enthalten, zu deren Erklärung oder Kritik mehr oder weniger beigetragen worden ist.

I. Juristische Quellen.

a) Justinianeische Quellen.

aa) Institutionen.

bb) Pandekten.

cc) Codex.

dd) Novellen.

b) Vorjustinianeische Quellen.

c) Nachjustinianeische Quellen.

II. Stellen bei Nicht=Juristen.